

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**LOTHAR MATHEUS JACOBSEN**

**A CONSOLIDAÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICO-ESTATAL BRASILEIRA AO  
INSTITUTO DO CASAMENTO HOMÓAFETIVO: UMA ABORDAGEM  
GARANTISTA DOS DIREITOS À LIBERDADE E IGUALDADE DE ORIENTAÇÃO  
SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO**

**FLORIANÓPOLIS  
2013**

LOTHAR MATHEUS JACOBSEN

**A CONSOLIDAÇÃO JURÍDICO-ESTATAL BRASILEIRA AO INSTITUTO DO  
CASAMENTO HOMOAFETIVO: UMA ABORDAGEM GARANTISTA DOS  
DIREITOS À LIBERDADE E IGUALDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL E  
IDENTIDADE DE GÊNERO**

Monografia submetida ao Curso de Graduação  
em Direito da Universidade Federal de Santa  
Catarina como requisito para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Msc. Renata Raupp Gomes

FLORIANÓPOLIS

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A consolidação da proteção jurídico-estatal brasileira ao instituto do casamento homoafetivo: uma abordagem garantista dos direitos à liberdade e igualdade de orientação sexual e identidade de gênero**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Lothar Matheus Jacobsen**, defendida em **12/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 *(nove e meio)*, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 12 de Julho de 2013

  
\_\_\_\_\_  
**Renata Raupp Gomes**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Luciana Faísca Nahas**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Lilian Patricia Casagrande**  
Membro de Banca

*Ao meu verdadeiro amor, Henrique.*

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço muito à minha orientadora, Prof<sup>a</sup> Msc. Renata Raupp Gomes, a qual muito me honrou aceitando a minha orientação, pois, é sem dúvida alguma, uma das maiores autoridades em Direito de Família no país, responsável pela respeitável cadeira de Direito de Família e das Sucessões na Universidade Federal de Santa Catarina, bem como exerce cargo de grande importância no egrégio Tribunal de Justiça catarinense. Não existem palavras suficientes de gratidão pela atenção, tempo, dedicação, entusiasmo, ensino e carinho com o qual a Professora sempre me auxiliou.

Também é necessário agradecer à Prof<sup>a</sup> Msc. Luciana Faísca Nahas, eminente doutrinadora desse novo e importante campo do Direito Homoafetivo, que também muito me honra por ter se interessado em meu trabalho, e em fazer parte de minha banca. São mestras corajosas e comprometidas com os Direitos Humanos e Constitucionais que merecem todo o respeito e admiração. Na mesma senda, agradeço de coração à Lilian Patrícia Casagrande, como membro da minha banca, a qual me alegrou muito com seu auxílio sempre presente.

Não se pode olvidar o agradecimento ao Prof. Dr. Airtton Seelaender, o qual sempre será um exemplo de mestre para mim, o qual me despertou o amor à História do Direito, bem como ao Direito Constitucional, disciplinas as quais tive a honra de tê-las ministradas pelo eminente Professor, que recebe como homenagem o nome de minha turma de formatura.

Às colegas Samia Kamal Genena, Simoni da Rosa, Talita Santana Pereira e Poliana Costa, dedico todo o meu agradecimento pelos anos de coleguismo, e, de verdadeira amizade. Sem vocês eu não teria conseguido chegar até aqui, sem as suas alegrias, incentivos, auxílios, conversas, desabafos, conselhos, risadas, idas ao bar...O meu curso não teria sido interessante e divertido como foi sem vocês ao meu lado. Valeu a pena cada minuto ao lado de vocês e quero carregá-las comigo para o resto de minha vida.

Agradeço a todos que me auxiliaram ou acompanharam, direta ou indiretamente, na faculdade, os quais não menciono, pedindo desculpas, pois as páginas dessa monografia não permitiriam. Foram muitos mesmo: professores, colegas, servidores...O meu muito obrigado por fazer a minha faculdade ficar tão linda.

Por fim, agradeço o meu amor, e sua querida mãe Viviane Cortat, sem os quais eu não teria aguentado a jornada. De igual modo, meu agradecimento às queridas amigas Doutora Cláudia e Ana Ehlers pelo apoio sempre presente.

*“What is thy name?’ He said, ‘My name is Love.’  
Then straight the first did turn himself to me  
And cried, ‘He lieth, for his name is Shame,  
But I am Love, and I was wont to be  
Alone in this fair garden, till he came  
Unasked by night; I am true Love, I fill  
The hearts of boy and girl with mutual flame.’  
Then sighing, said the other, ‘Have thy will,  
I am the love that dare not speak its name.’”  
(Lord Alfred Douglas, Two Loves, 1894)*

## RESUMO

O presente trabalho aborda o instituto do casamento homoafetivo como instituto protegido e consolidado pelas Cortes Superiores brasileiras. Aborda, com base na teoria do garantismo jurídico, os direitos de liberdade e igualdade de orientação sexual e identidade de gênero como as bases legitimadoras do reconhecimento do casamento homoafetivo. Discorre acerca da árdua história da comunidade LGBT, e do movimento pelos direitos homossexuais, desde os primórdios da Antiguidade, até os dias atuais. Analisa o desenvolvimento da jurisprudência concernente a casais do mesmo sexo, desde 1989, e aborda a onda de provimentos dos tribunais de justiça culminando com a edição da resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça que garantiu o direito ao casamento homoafetivo. Defende o direito ao casamento homoafetivo com base nas mudanças no conceito de família, o qual abarca a nova entidade familiar “homoafetiva”. Também relaciona esse direito ao respeito aos Direitos Humanos reconhecidos pela comunidade internacional. Por fim, aborda, sob uma perspectiva garantista, os princípios ou direitos fundamentais de Liberdade e Igualdade de orientação sexual e identidade de gênero como solução à legitimidade jurídica do instituto do casamento homoafetivo. Subdivide essa liberdade em quatro prismas : liberdade sexual, de afeto, de privacidade e liberdade perante a lei. Ressalta a fundamentalidade do Princípio ou Direito da Igualdade ou isonomia que vincula tanto o legislador na elaboração da lei, como os aplicadores da lei, especialmente o Judiciário. Defende-se a impossibilidade de violação à igualdade de orientação sexual por meio de discriminações preconceituosas. Por fim analisa a atuação do Poder Judiciário como legítima e garantista, em oposição à inércia do Poder Legislativo.

**Palavras-chave:** Direito de Família, Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Homoafetivo, Teoria *queer*, Direitos Fundamentais, Garantismo Jurídico, Casamento homoafetivo, Direito à Igualdade, Direito à Liberdade, Orientação sexual, Identidade de Gênero, Poder Judiciário.

## ABSTRACT

The present work approaches the homo-affective marriage as a protected and consolidated institute by the Brazilian Superior Courts of Justice. Based upon the juridical garantism theory it approaches the rights of liberty and equality of sexual orientation and gender identity as the legitimacy basis of the recognition of the homo-affective marriage. It talks about the hard history of the LGBT community, and of the homosexual rights movement, since the beginnings of the Ancient era to the present days. It analyzes the court's precedents development concerning same-sex couples, since 1989, and approaches what it calls the wave of resolutions of the State's courts of Justice that ended on the edition of resolution no. 175/2013 of the National Council of Justice, that granted the right to the homo-affective marriage. It defends the right to the homo-affective marriage based on the changing concept of family, which now gathers the new familiar "homo-affective" entity. It also relates that right to the respect of the Human Rights recognized by the international community. At last, it approaches, under a garantist perspective, the principles or fundamental rights of Liberty and Equality of sexual orientation and gender identity as a solution to the legitimacy of the homo-affective marriage institute. It divides that liberty in four perspectives: sexual liberty, affection liberty, privacy liberty and liberty towards the law. It is emphasized the fundamental character of the Principle or Right to Equality or isonomy, that binds the legislator in the elaboration of the law, as much as the Law appliers, especially the Judiciary. It is defended the impossibility of violation of the sexual orientation equality by means of prejudicial discrimination. In the end it analyzes the acting of the Judiciary Power viewed as legitimate and garantist, in opposition to the inertia of the Legislative Power.

**Keywords:** Family Law, Human Rights, Constitutional Law, Homo-affective Law, Queer Theory, Fundamental Rights, Juridical Garantism, Homo-affective marriage, Right to Equality, Right to Liberty, Sexual Orientation, Gender Identity, Judiciary Power.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 - O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT INTERNACIONAL.....</b>	<b>12</b>
1.1 Introdução ao tema: A Comunidade LGBT internacional e os primórdios da Homossexualidade na Antiguidade e Idade Média.....	12
1.2 Homossexualidade nos Estados Modernos, o Renascimento e o Iluminismo.....	16
1.3 A Idade Contemporânea: Descriminalização, e a perseguição armada.....	18
1.4 O Surgimento e desenvolvimento dos Movimentos políticos Homossexuais.....	21
1.5 A ascensão do movimento homossexual internacional pós-1980.....	25
1.6 O reconhecimento e legalização do Instituto do Casamento Homoafetivo pelos Estados Estrangeiros e o caso brasileiro.....	28
1.7 Conclusões críticas acerca da análise do desenvolvimento histórico dos Direitos Homossexuais.....	33
<b>CAPÍTULO 2 - O DESENVOLVIMENTO DOS INSTITUTOS DA UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO ENQUANTO CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA.....</b>	<b>35</b>
2.1 Os primeiros registros: casais gays como mera sociedade patrimonial de fato.....	35
2.2 Índícios de mudança nas searas do Direito Administrativo e Previdenciário.....	37
2.3 As relações homossexuais adentram a seara do Direito de Família: A vanguarda do Tribunal de Justiça Gaúcho.....	38
2.4 As relações homoafetivas batem às portas das Cortes Superiores.....	41
2.5.A união homoafetiva e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Uma difícil relação.....	46
2.6.As decisões do STF e STJ de 2011 que alteraram a história da Igualdade no Brasil.....	50
<b>CAPÍTULO 3- O DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO.....</b>	<b>64</b>
3.1 As mudanças no conceito de Família e a nova entidade familiar Homoafetiva.....	64

	10
3.2 O Direito à constituição de família homoafetiva como Direito Humano fundamental e universal.....	68
3.3 Os princípios ou direitos fundamentais de Liberdade e Igualdade enquanto solução à legitimidade jurídica do casamento homoafetivo: uma abordagem garantista....	72
3.3.1 Considerações acerca da Teoria do Garantismo Jurídico.....	72
3.3.2 O direito fundamental à liberdade.....	74
3.3.2.1 Da liberdade sexual.....	80
3.3.2.2 Da liberdade de afeto.....	82
3.3.2.3 Da liberdade de privacidade.....	84
3.3.2.4 Da liberdade perante a Lei.....	87
3.3.3 O direito fundamental à Igualdade (ou Isonomia).....	91
3.3.4 Considerações garantistas sobre os posicionamentos dos Poderes Judiciário e Legislativo brasileiros relativos ao casamento homoafetivo.....	96
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>100</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>104</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo tratar da consolidação do instituto do casamento homoafetivo construído pelas Cortes Superiores brasileiras. Abordar-se-á, como fundamentos legitimadores do instituto, os direitos de liberdade e igualdade relativos à orientação sexual e identidade de gênero, com base na teoria do Garantismo Jurídico.

Inicialmente, o trabalho contextualizará o tema dentro de um contexto histórico de conquista de direitos, pelo qual percorreu a comunidade LGBT internacional. O apanhado histórico se dará em retrospectiva, iniciando-se com a homossexualidade contextualizada na Idade Antiga e Média, passando pelo contexto dos Estados Modernos, Renascimento e Iluminismo, seguindo pela Idade Contemporânea, bem como abordando-se o surgimento e desenvolvimento dos Movimentos políticos Homossexuais, e a ascensão dos mesmos no contexto internacional pós-1980, e por fim, tratar-se-á do reconhecimento e legalização do instituto do casamento homoafetivo pelos Estados estrangeiros e o caso brasileiro.

Em segundo lugar, proceder-se-á à análise jurisprudencial referente a casos de casais do mesmo sexo, analisando-se os primeiros registros dos tribunais, passando pelas mudanças operadas nas searas do Direito Administrativo e Previdenciário, a entrada das relações homoafetivas no âmbito do Direito de Família, bem como a alçada das mesmas às Cortes Superiores, abordando-se o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca das uniões homoafetivas, e por fim, serão analisadas as decisões paradigmáticas dos Tribunais Superiores no ano de 2011.

Por derradeiro, o trabalho dissertará acerca do direito ao casamento homoafetivo. Primeiramente abordam-se as mudanças históricas no conceito de Família e a nova entidade familiar Homoafetiva, passando-se ao âmbito internacional dos Direitos Humanos, para então realizar a abordagem, com base na teoria do garantismo jurídico, dos direitos de Liberdade e Igualdade, esmiuçando-se os direitos de liberdade- sexual, afetiva, de privacidade, e perante a lei - seguindo-se à abordagem do direito à Igualdade, e ao fim, serão feitas considerações acerca das posturas dos Poderes Judiciário e Legislativo brasileiros relativas ao casamento homoafetivo.

## 1 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT INTERNACIONAL

### 1.1 Introdução ao tema: A Comunidade LGBT internacional e os primórdios da Homossexualidade na Antiguidade e Idade Média

Para possibilitar a abordagem honesta do tema “casamento homoafetivo”, não se pode deixar de analisar o contexto histórico social, jurídico, e cultural, a nível nacional e internacional, uma vez que o fenômeno visto isoladamente pode levar a simplificações que podem afastar o pesquisador, ou o operador do Direito, da real dimensão com que operará.

É necessário situar o tema dentro de um histórico de conquistas alcançadas pela comunidade LGBT internacional (*Lesbian, Gay, Bisexual, and Transexual*, do inglês: Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais), ou também denominada LGBTTTT's, incluindo-se nessa sigla travestis, transgêneros e simpatizantes. Essa comunidade deu origem ao movimento denominado “*gay rights movement*”, “*homosexual rights movement*” ou “*gay liberation movement*” (do inglês, respectivamente, movimento dos direitos gay, movimento dos direitos homossexuais, ou movimento de liberação gay). Trata-se de um movimento da sociedade civil internacional que luta por direitos iguais para os indivíduos de orientação sexual, ou identidade de gênero, compreendidos na sigla LGBTTTT. Esse movimento, busca, dentre outros objetivos, eliminar as barreiras legais à prática de suas sexualidades e vínculos afetivos entre adultos em mútuo consentimento, clamando pelo fim da discriminação de seus membros nas mais variadas áreas.

A formação dessa comunidade, internacionalmente organizada, ativista do movimento de liberação gay e suas conquistas, não pode ser dissociada do processo histórico liberacionista pelo qual passou, e ainda passa, a sociedade internacional em relação à questão LGBT, processo este que ora progride, ora retrocede, permeado por acalorados debates, violências, rupturas, freios, excessos, resistências, ativismos, apatias, empatias, misticismos, entre outras inúmeras respostas da sociedade, em uma verdadeira luta, não mais de classes, como postulou Karl Marx, mas uma luta de minorias sexuais contra a ditadura comportamental de grupos de maiorias de sexualidade dita “normal.”.

A história das uniões homossexuais remonta à Antiguidade, em que se há

conhecimento de parcerias homoafetivas já nas sociedades romanas, gregas, e até mesmo egípcias e assírias, em que as manifestações homossexuais não eram incomuns. Nesse sentido, elucida-nos Maria Berenice Dias<sup>1</sup>, acerca do conceito da palavra “homossexual” e a antiga história das manifestações homossexuais na Grécia Antiga:

A homossexualidade sempre existiu. O vocábulo homossexual tem origem etimológica grega, significando “homo” ou “homoe”, que exprime a idéia de semelhança, igual, análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter. Na Grécia antiga, fazia parte das obrigações do preceptado “servir de mulher” ao seu preceptor, e isso sob a justificativa de treiná-lo para as guerras, em que inexistia a presença de mulheres

Os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física, nas Olimpíadas gregas, onde era vedada a presença de mulheres na arena, pois não tinham capacidade para apreciar o belo. Também nas manifestações teatrais os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou com o uso de máscaras – manifestações evidentemente homossexuais.

A prática homossexual acompanha a história da humanidade e sempre foi aceita, havendo somente restrições à sua externalidade.

Adilson José Moreira <sup>2</sup> aduz que a existência das relações entre indivíduos do mesmo sexo pôde ser constatada em duas dentre as sociedades “berços da civilização”, ainda na Idade Antiga, quais sejam Mesopotâmia e Egito. Na Mesopotâmia, remonta-se ao poema épico de Gilgamesh “legislador da segunda dinastia de Uruk (2.700-1500 A.C.), seguiu uma jornada pela busca da sabedoria e dos segredos da vida após a morte de Enkidu, personagem que muitos autores crêem ser seu amigo-amante. A forte relação entre os dois homens é demonstrada em várias passagens.”

Com relação às experiências no Antigo Egito, ainda preleciona o autor que “Em uma tumba da 5ª dinastia dois homens são explicitamente retratados como amantes. Aparecem abraçados, de mãos dadas e tocando os narizes, sinal de expressão de afeto em muitas culturas antigas”.<sup>3</sup>

No contexto da Roma antiga, segundo Oliveira<sup>4</sup>, escreveu Suetônio, no século II, que “Dos doze Césares, só um deles, Cláudio, nunca teve relações homossexuais. O mais famoso, Júlio César (100-44 a.C.), teve, aos 19 anos, um relacionamento com o rei Nicomedes”.

1 DIAS, Maria Berenice. **Um novo direito:** direito homoafetivo. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/55\\_-\\_um\\_novo\\_direito\\_-\\_direito\\_homoafetivo.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/55_-_um_novo_direito_-_direito_homoafetivo.pdf) . Acesso em: 27 mai. 2013.

2 MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva:** a Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira. Curitiba: Juruá, 2012, p. 291.

3 Op. Cit., p. 296.

4 OLIVEIRA, Reges Fernandes. **Homossexualidade:** uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40.

Ainda no contexto romano, é necessário ressaltar que, provindo da província romana da Judeia, o movimento religioso cristão adentrou e espalhou-se por Roma nos primeiros séculos da era comum. Ganhando força, e após muitas perseguições do império, o Cristianismo passou a gozar de proteção de tolerância religiosa com o Édito de Milão, emitido pelo imperador romano Constantino I em 313 d.C. Mais tarde, já poderoso, o Cristianismo foi declarado a religião oficial do Império Romano, com o Édito de Tessalônica, exarado pelo imperador romano Teodósio I, em 380 d.C., no qual se estabeleceu que a Igreja Católica seria a única reconhecida pelo império, sendo os outros cultos relegados à condição de heresia, sujeita à punição.<sup>5</sup>

Com a queda do império romano ocidental, foi consensualmente adotado o ano de 476 d.C., data da deposição do último imperador romano ocidental, Rômulo Augusto, como marco inaugural da Idade Média, também, não sem razão, chamada “Idade das Trevas”, especialmente para as manifestações homoafetivas.

A supremacia de poder da Igreja Católica Apostólica romana se estendia por quase todos os aspectos das sociedades feudais, espalhadas e recolhidas no interior da Europa, temerosas das invasões bárbaras, com repúdio e suspeição de tudo que não era ditado pelo Magistério da Igreja, o qual ditava a Moral, e consequentemente as próprias regras da sociedade, baseadas no Direito natural ou divino.

Nessa época, a Igreja Católica perpetrou uma grande reprovação, repressão, e punição do comportamento homossexual. Maria Berenice Dias<sup>6</sup> aborda a visão teológica e moral da Igreja Católica acerca da homossexualidade, apontando-a como grande fonte de preconceito:

O maior preconceito contra o homossexualismo provém das religiões. A concepção bíblica vem do preceito judaico, na busca de preservação do grupo étnico. Toda relação sexual deveria dirigir-se à procriação. Daí a condenação do homossexualismo masculino por haver perda de sêmen, enquanto que o feminino era considerado mera lascívia. A Igreja Católica considera uma aberração da natureza, transgressão à ordem natural, uma verdadeira perversão, baseada na filosofia natural de São Tomás de Aquino no sentido de que sexo se destina fundamentalmente à procriação, daí serem anti-naturais a masturbação, a homossexualidade e o sexo sem procriação

Com relação aos textos bíblicos contrários às relações entre os mesmos sexos, tidos, à

5 Informações extraídas de trecho do texto do Édito de Tessalônica disponível, em inglês, no sítio eletrônico da Universidade Fordham: <<http://www.fordham.edu/halsall/source/theodcodeXVI.html>> Acesso em 28. mai.2013.

6 DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: Aspectos sociais e jurídicos**. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_uni%C3o\\_homossexual\\_-\\_aspectos\\_sociais\\_e\\_jur%EDdicos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_uni%C3o_homossexual_-_aspectos_sociais_e_jur%EDdicos.pdf)>. Acesso em 29. mai. 2013.

época, como verdadeiras e literais normas sociais cogentes, impostas pela poderosa Igreja católica medieval (e até os dias hoje pelos fundamentalistas católicos e evangélicos), elucidados o professor de teologia da Universidade Mackenzie, Alderi de Souza Matos<sup>7</sup>:

O Antigo Testamento condena a sodomia como algo típico da mentalidade pagã e prescreve punições severas (Lv 18.22; 20.13). No Novo Testamento, os escritos paulinos denunciam o comportamento homossexual masculino e feminino como um estilo de vida conflitante com os valores da fé cristã (Rm 1.26-27; ver também 1 Co 6.9-10; 1 Tm 1.9-10). Todavia, só tardiamente surgiu a noção de que as cidades de Sodoma e Gomorra foram destruídas por causa de práticas homossexuais (Gênesis 19). [...] Teria contribuído para isso a forte hostilidade contra a cultura grega por parte dos judeus ortodoxos daquela época.

Mas a condenação católica não se limitava a julgamentos teológicos ou morais, esses mesmos argumentos justificariam a caça sangüinária implementada na Europa medieval pela “Santa” Inquisição, dirigida pelo Tribunal do “Santo” Ofício, a espécie de justiça e polícia religiosa das sociedades do medievo. No Concílio de Naplouse<sup>8</sup> introduziu-se no Direito Canônico medieval o crime de sodomia, punível com a fogueira, e no Concílio de Latrão, estabeleceu-se a pena de excomunhão do fiel (causa de exclusão do indivíduo da sociedade medieval, tolhendo-se seus direitos) ou reclusão em mosteiros, no caso dos clérigos, conforme corrobora o professor emérito de história medieval da Universidade de Limonges (França), Jean Verdon<sup>9</sup>:

A condenação seria mais pesada a partir do século XIII. Um pouco antes, o conselho de Naplouse, em 1120, decretou que todo adulto condenado por ter cometido voluntariamente o pecado de sodomia seria queimado na fogueira. O III Concílio de Latrão, em 1179, previu que todo indivíduo que tivesse cometido um ato de incontinência contra a natureza seria reduzido ao estado laico ou relegado a um mosteiro, se fosse um clérigo; excomungado e totalmente excluído da comunidade de fiéis, se fosse um laico.

Aparece nesse contexto histórico-cultural, com muita força, o fenômeno odioso da homofobia que responsabilizava as relações homoafetivas, aqui demonizadas e mistificadas, como uma espécie de “bode expiatório” explicativo das punições “divinas” sobre as

- 
- 7 SOUZA DE MATOS, Alderi. **A homossexualidade no ocidente: uma perspectiva histórica**. Artigo disponível no sítio eletrônico da Universidade Mackenzie: <<http://www.mackenzie.br/7146.html>>. Acesso em 01.jun.2013.
- 8 O Concílio de Naplouse, ou *Concilium Neapolitanum* ocorreu em 16 de janeiro de 1120 na cidade francesa que dá seu nome. Informações acerca do mesmo foram retiradas do sítio eletrônico do Centro Nacional de Pesquisas Científicas da França cujo acesso se deu pelo link <<http://www.cn-telma.fr/relmin/auteur1516/>>, em 29 mai.2013.
- 9 VERDON, Jean. **Homossexualidade na Igreja: uma tradição medieval**. Artigo disponível no sítio eletrônico da Revista História Viva: <[http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/homossexualidade\\_na\\_igreja\\_uma\\_tradicao\\_medieval.html](http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/homossexualidade_na_igreja_uma_tradicao_medieval.html)>. Acesso em 29. mai. 2013.

sociedades medievais supersticiosas. Nesse sentido preleciona Vechiatti<sup>10</sup>:

[...] a condenação homofóbica continuou cada vez com mais força. A suposta ligação entre a homossexualidade e a feitiçaria e o demonismo fez com que os heterossexuais em geral passassem a ter cada vez menos tolerância contra aqueles que amavam pessoas do mesmo sexo. Essas afirmações ganharam força considerável entre os anos 1348-1350, nos quais a Peste Negra devastou a Europa, dizimando aproximadamente um terço da população. Isso porque os chefes de Estado da época, influenciados por ministros religiosos, ligaram ditos desastres às condutas sexuais tidas por imorais (todas aquelas fora do casamento e sem intuito procriativo) aumentando ainda mais o ódio contra os homossexuais.

Essa agressiva resposta homofóbico-punitiva das sociedades europeias perdurou pelos séculos XVI, XVII, e XVIII, nos países católicos, e, ressalte-se, de igual modo, em países de confissão protestante. As nações não pouparam esforços na definição das mais variadas e sórdidas punições aos “sodomitas”. Corroborar a lição de Trevisan *apud* Vechiatti.<sup>11</sup>:

Na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas a Espanha, Portugal, França e Itália católicas, mas também a Inglaterra, Suíça e Holanda protestantes puniam severamente a sodomia. Seus praticantes eram condenados a punições capazes de desafiar as mais sádicas imaginações, variando historicamente desde multas, prisão, confisco de bens, banimento da cidade ou do país, trabalho forçado (nas galés ou não), passando por marca de ferro em brasa, execração e açoite público e até castração, amputação das orelhas, morte na forca, morte na fogueira, empalamento e afogamento

## 1.2. Homossexualidade nos Estados Modernos, o Renascimento e o Iluminismo

Digno de registro, em uma perspectiva histórica das normas jurídicas concernentes à conduta homossexual, é a edição do *Buggery Act*<sup>12</sup> (do inglês, Ato da Sodomia), pelo qual o Estado inglês veio a punir criminalmente a prática da sodomia com a morte, perda de bens e heranças. Esse ato foi aprovado pelo Parlamento Inglês em 1533, durante o reinado de Henrique VIII (de acordo com sua vontade), capitaneado no parlamento por Thomas Cromwell, um importante protestante que teve papel decisivo na Reforma da Igreja Católica inglesa, a qual se tornaria, em 1534, a protestante Igreja Anglicana.

As consequências legais deste ato estenderam-se por séculos, sendo que na Grã-Bretanha a “sodomia” era punida com pena de enforcamento até 1861. E mais do que isso, com as reformas legais do ato de 1533, ainda assim, as proibições estatais às relações

10 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 55.

11 Op. Cit. p. 64.

12 As informações e o texto do Buggery Act inglês podem ser extraídas do sítio eletrônico da Universidade Fordham acessando o link <<http://www.fordham.edu/halsall/pwh/englaw.asp>>. Acesso em 31.mai.2013.



homoafetivas perduraram na Inglaterra até o ano de 1967. É sabido que a Inglaterra foi uma grande potência imperialista, logo, suas colônias acabaram por herdar sua estrutura legal, sendo que a Escócia não alterou a lei proibitiva de sodomia até 1979, e muitos estados americanos, colonizados pela Inglaterra, mantiveram em seu ordenamento as proibições contra a sodomia até hoje, bem como, os países caribenhos colonizados pelos ingleses.<sup>13</sup> A reprovação legal (e social) da conduta homossexual, nos países anglo-saxões e nas colônias inglesas, surgiu em um ato de 1533, e perdurou até a Era Contemporânea, um (mau) exemplo histórico centenário.

No período do movimento cultural renascentista (séculos XIV a XVII), inicialmente na Itália e espalhando-se pelo resto da Europa, houve uma reaproximação com os ideais das culturas clássicas (grega e romana), uma verdadeira transformação intelectual na transição da Idade Média para a Idade Moderna, impulsionada por artistas, intelectuais, políticos, etc. O culto ao conhecimento clássico, à beleza e proporções do corpo humano, às várias formas de amor, fez ressurgir também as experiências homoafetivas vivenciadas e vistas como parte do “belo” e do “eros” nas culturas clássicas. É nesse contexto que Mariana Chaves<sup>14</sup> situa personagens históricas famosas como Michelângelo, Caravaggio, William Shakespeare, Leonardo Da Vinci, dentre outros, os quais, segundo a autora, sabidamente tiveram relações passionais por pessoas do mesmo sexo.

Em terras brasileiras, relata-se que, anteriormente à colonização, existiam relações homossexuais ou até mesmo bissexuais entre os nativos, índios. Os colonizadores, cristãos europeus, não podendo se olvidar a presença eclesiástica da Companhia de Jesus, tentaram catequizá-los, para que viessem a parar com as práticas “desviadas”, infligindo punições a quem recusasse se “adequar”. Nessa senda, leciona Paulo Roberto Iotti Vecchiatti<sup>15</sup>:

[...]pode-se dizer que a sexualidade dos nativos brasileiros seguia o que ocorria na Antiguidade Clássica européia, com algumas variantes de tribos para tribos, conforme seus costumes e suas lendas. Foi, também aqui, somente com a chegada da moral judaico-cristã que se começou a perseguição à prática homossexual no Brasil, que passou a trazer punições desumanas e sádicas aos homossexuais.

A partir dos séculos XVII e XVIII, se desenvolve na Europa o movimento ideológico

13 Dados extraídos dos comentários ao Buggery Act de 1533, constantes no sítio eletrônico da Universidade Fordham: < <http://www.fordham.edu/halsall/pwh/englaw.asp>>. Acesso em 31.mai.2013.

14 CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade** - um panorama luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p. 51.

15 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Método, 2008, p. 64.

iluminista, que não sem motivo deu nome ao “século” das luzes ou da razão, eis que sua luz de racionalidade, e criticismo das tradições e autoritarismos, acabaram por iluminar o caminho histórico da aceitação do comportamento homossexual. Acerca do iluminismo preleciona o jus filósofo Norberto Bobbio<sup>16</sup>:

Esse movimento visa estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, a luta da "luz" contra as "trevas"[...] O Iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos. [...] dir-se-ia que é, acima de tudo, uma mentalidade, uma atitude cultural e espiritual, que não é somente dos filósofos, mas de grande parte da sociedade da época [...].

Alderí Souza de Matos<sup>17</sup>, reconhece os efeitos progressistas da corrente iluminista na visão histórica social da homossexualidade, destacando a tolerância, no século XIX, sob a égide do Código Napoleônico francês:

Com o advento do Renascimento e mais tarde do Iluminismo, caracterizados pelo seu espírito de contestação dos valores tradicionais e de defesa da liberdade individual, a homossexualidade masculina adquiriu nova visibilidade e relativa aceitação. No entanto, as situações podiam variar grandemente de um país para outro. No século 19, enquanto na França havia tolerância sob o Código de Napoleão, o oposto ocorria na Inglaterra, onde as leis nessa área eram extremamente rigorosas.

Ensina Scott Gunther<sup>18</sup>, que, de fato, a França, sob a influência do Iluminismo e da Revolução Francesa de 1789, foi o primeiro país a descriminalizar a “sodomia”, nos idos de 1791, em respeito aos princípios do secularismo, separação entre as esferas pública e privada, liberalismo e universalismo, os quais levaram à eliminação do que se chamavam os “crimes de superstição”, incluindo-se aí a “sodomia”, já que originada do Cristianismo, e muitos dos filósofos argumentavam que não havia base racional para sua punição.

### 1.3 A Idade Contemporânea: Descriminalização, e a perseguição armada.

Em terras tupiniquins, a “sodomia” fora reprimida duramente sob a égide das

16 BOBBIO, Norberto & MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 1998. (Vol. I). p. 605.

17 SOUZA DE MATOS, Alderí. **A homossexualidade no ocidente**: uma perspectiva histórica. Artigo disponível no sítio eletrônico da Universidade Mackenzie: < <http://www.mackenzie.br/7146.html>>. Acesso em 01.jun.2013.

18 GUNTHER, Scott. **The elastic closet**: A history of homosexuality in France. Palgrave Macmillan, 2009. p. 1-2.

Ordenações Manuelinas e Filipinas, legislação vigente já na época do descobrimento, por parte dos colonizadores portugueses, suas proibições perdurando até o Código Penal do Império de 1830, o qual, conforme explicado anteriormente, sofrera influências iluministas do Código francês de Napoleão. Nesse sentido explica Cláudia de Castro Lima 19amparada na lição de Trevisan:

O crime por sodomia já era previsto em lei desde o Descobrimento, segundo as Ordenações Manuelinas, que vigoravam em Portugal: era comparado ao de lesa-majestade, segundo o jornalista, dramaturgo e cineasta João Silvério Trevisan em seu livro *Devassos no Paraíso*. O código seguinte, as Ordenações Filipinas, que durou até o Império, previa que os homossexuais fossem queimados e seus bens, confiscados.

No entanto, no Brasil, mesmo após a descriminalização da conduta homossexual o Código Imperial de 1830, influenciado pelo Iluminismo, segundo Trevisan<sup>20</sup>, a perseguição homofóbica por parte da polícia continuaria, enquadrando os homossexuais nos crimes contra “a moral e os bons costumes”, além do fato de que o travestismo era tipificado como contravenção penal.

Corroborando a lição de James Naylor Green<sup>21</sup>:

Em 1830, oito anos após a independência, D. Pedro I promulgou o Código Penal Imperial. Entre outras provisões, a nova lei eliminava toda e qualquer referencia à sodomia. A legislação fora influenciada pelas idéias de Jeremy Bentham, pelo Código Penal francês de 1791, Código Napolitano de 1819 e pelo Código Napoleônico de 1810 que descriminaram as relações sexuais entre maiores de idade.

Entretanto, o mesmo autor assevera que a polícia, nessa época, utilizou-se da margem de sua liberdade interpretativa para enquadrar as práticas homossexuais no tipo penal dos “atos de indecência”, previstos no artigo 280 do referido Código Penal, que eram puníveis com prisão.

Green ressalta que o Código penal republicano de 1890 também não trouxe crime específico aplicável “as condutas homossexuais”, mas “buscava controlar tais condutas por meios indiretos” como a aplicação dos tipos penais de atentado ao pudor (artigo 226), atentado público ao pudor (art. 282), o “*uso de nome supposto, títulos indevidos e outros disfarces*” (art. 379), aplicando-se este último aos travestis, e, por fim o tipo vadiagem (art.

19 LIMA, Cláudia de Castro. **A história da homossexualidade e a luta pela dignidade**. Revista Aventuras na História. Artigo disponível em:<<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/historia-homossexualidade-luta-pela-dignidade-718218.shtm>>. Acesso em 02 jun.2013.

20 TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 166.

21 GREEN, James Naylor **Além do Carnaval: a homossexualidade masculina no século XX**. São Paulo: UNESP, 2000. p. 56- 57

399), aplicado aos homossexuais que buscavam abrigo noturnamente nos parques visando contatos sexuais. Afirma também que “*embora a homossexualidade em si não fosse tecnicamente ilegal, a polícia brasileira e os tribunais dispunham de múltiplos mecanismos para conter e controlar esse comportamento*”. (p. 58)

As palavras "homossexual", "homossexualismo", e "homossexualidade" apareceram pela primeira vez em dois escritos anônimos, que em verdade eram da autoria de Karl-Maria Benkert, os quais defendiam os direitos homossexuais, publicados na Alemanha, em Leipzig, em 1869, endereçados ao Ministro de Justiça alemão, Leonhardt,<sup>22</sup>

Não obstante, na Alemanha do século XIX, na década de 1870, quando o país recém-unificado estava reunindo os diversos códigos civis de vários reinos anteriormente separados, a versão final de seu Código penal incluiu o parágrafo 175, o qual criminalizava as relações masculinas entre o mesmo sexo com penas como prisão e perda dos direitos civis.<sup>23</sup>

Corroborando Rita de Cássia Colaço Rodrigues<sup>24</sup>:

Unificada a Alemanha, a penalização constou no Código Penal do Império Alemão de 15 de maio de 1871, em seu parágrafo 175, vigorando em todos os estados germânicos, assim como na Inglaterra, embora desde o Código de Napoleão, de 1804, a homossexualidade não fosse mais penalizada na França, e no Brasil, desde o Código Criminal do Império, de 1830, igualmente sob a influência napoleônica.

Já na Idade Contemporânea avançada, a História da homossexualidade enfrentou um de seus períodos mais negros, ou melhor, “rosa”, eis que os oficiais nazistas enviavam os homossexuais aos campos de concentração, com um debochado triângulo rosa costurado sobre seus uniformes de morte, para os identificar como infratores da ordem racista e machista estabelecida pelo Terceiro *Reich*, amparados no parágrafo 175 do Código penal alemão unificado. O pesquisador e teólogo Dr. André Musskopf<sup>25</sup>, bem explica esse triste episódio da história gay:

22 J.C. FERAY. **Une histoire critique du mot homosexualité**. Revista Arcadie, nº 325, ed. de janeiro de 1981, p. 11-21

23 Informações extraídas do verbete "gay rights movement". Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/766382/gay-rights-movement>>. Acesso em 02.jun.2013.

24 RODRIGUES, Rita de Cássia Colaço. **Homofilia e homossexualidades: recepções culturais e permanências**. História, Franca, v. 31, n. 1, Jun. 2012. Disponível em:<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-90742012000100018&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742012000100018&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 02 Jun. 2013.

25 MUSSKOPF, André S. **Talar Rosa: Um estudo didático-histórico-sistemático sobre a Ordenação ao Ministério Eclesiástico e o exercício do Ministério Ordenado por homossexuais**. São Leopoldo: Escola Superior de Teologia, 2004. p. 10,11.

Durante a II Guerra Mundial, além dos judeus, a campanha de “limpeza da raça ariana” envolveu a perseguição e o extermínio de inúmeros grupos considerados uma mancha na sociedade. Entre esses grupos estavam os homossexuais que foram condenados sob o artigo 175 [...] As estimativas oficiais dão conta de que entre 50.000 e 80.000 homossexuais foram condenados e exterminados sob este artigo. Seja através de câmaras de gás, trabalho forçado, servindo de divertimento brutal para soldados e chefes de blocos ou como cobaias em experiências médicas, estes homens sofreram e morreram com um triângulo rosa costurado a suas roupas. [...] Mesmo com a queda do regime nazista a perseguição àqueles que foram marcados com o triângulo rosa e sobreviveram continuou.

Durante os séculos XIX e XX diversos ramos científicos se voltaram ao estudo do fenômeno da homossexualidade, principalmente a medicina, a psiquiatria, e a psicologia (ressalte-se o papel importante e revolucionário de Freud), as quais buscavam explicações (muitas vezes simplistas e preconceituosas) de suas causas e, nessa época, era comum a aplicação de tratamentos de “cura” dos homossexuais, das maneiras mais esdrúxulas como p. ex. a prática da lobotomia (procedimento cirúrgico por meio de cortes cerebrais), castração e hipnose. Acerca do tema, comentam Humberto Rodrigues e Cláudia de Castro Lima<sup>26</sup>:

A preocupação científica com os gays começou no século 19.[...] Em 1897, o inglês Havelock Ellis publicou o primeiro livro médico sobre homossexualismo em inglês, *Sexual Inversion* (“Inversão sexual”, inédito no Brasil). Como muitos da época, ele defendia a idéia de que a homossexualidade era congênita e hereditária. A opinião científica, médica e psiquiátrica vigente era de que a homossexualidade era uma doença resultante de anormalidade genética associada a problemas mentais na família. A teoria, junto das idéias emergentes sobre pureza racial e eugenismo nos anos 1930, torna fácil entender por que a lobotomia foi indicada para os homossexuais.

#### 1.4 O Surgimento e desenvolvimento dos Movimentos políticos Homossexuais

Foi no final do século XIX e início do século XX que, apesar dos preconceitos sociais e científicos vigentes, inicia-se o movimento pelos direitos homossexuais, mais precisamente em 1897 com a fundação do Comitê científico-humanitário (*Wissenschaftlich-humanitäres Komitee; WhK*) em Berlim, Alemanha. Magnus Hirschfeld, médico, foi o fundador do Comitê, um pesquisador da sexualidade e ativista dos direitos homossexuais, lutando pela descriminalização das condutas homoafetivas, não obtendo sucesso em retirar o referido parágrafo 175 do código penal alemão, e, posteriormente assistindo os horrores das práticas homofóbicas nazistas.

---

26 RODRIGUES, Humberto, CASTRO LIMA, Cláudia de. **Vale tudo: Homossexualidade na antiguidade.** Revista Aventuras na História. Artigo disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/vale-tudo-homossexualidade-antiguidade-435906.shtml>>. Acesso em 02.jun.2013.

No entanto, o Comitê, com suas publicações literárias de emancipação, campanhas, e protestos, acabou por contribuir com certa quantidade de liberdade vivenciada por homossexuais, homens e mulheres, na Alemanha, entre o fim da I Guerra Mundial e a ascensão do Nazismo. Nessa época, multiplicaram-se os bares *gay* nas grandes cidades alemãs, especialmente em Berlim. Esse período relativamente liberal encontrou seu fim com o apogeu de Hitler.<sup>27</sup>

Para além da Alemanha, foram criadas outras organizações homófilas, como a Sociedade Britânica para o Estudo de Psicologia do Sexo (British Society for the Study of Sex Psychology), em 1914, e nos EUA a Sociedade pelos Direitos Humanos (Society for Human Rights), no ano de 1921.

Embora conhecida a criação das pioneiras organizações supracitadas, foi somente após a II Guerra Mundial que a comunidade *gay* ganhou maior visibilidade o que, nos Estados Unidos, acabou causando oposição do governo (p.ex. demissão de funcionários públicos), do exército (proibição de alistamento de homossexuais) e das polícias que realizavam batidas em bares *gay* e, eventualmente, prendiam sua clientela. Esses fatos que despertaram o ativismo político *gay* americano, especialmente sob a bandeira da descriminalização da prática homossexual. Isso acabou por tornar os Estados Unidos da América solo fértil para ser o berço do movimento pelos direitos homossexuais moderno, país no qual os debates da teoria acadêmica *queer* (significando minorias sexuais e de gênero) e, da política em defesa dos homossexuais mais se desenvolveram, inspirando vários países mundo afora.

Destaca-se a criação em 1950-51 da Sociedade *Mattachine*, que foi a primeira das principais organizações homossexuais masculinas e as “Filhas de Bilitis”, fundada em 1955 em São Francisco (Califórnia) para mulheres lésbicas. Em 1958, foi publicado nos EUA um periódico *gay* da Sociedade *Mattachine*, distribuído nacionalmente, denominado “*One*”, que teve de ganhar permissão da Suprema Corte americana para circular pelo serviço postal, eis que fora acusado de obscenidades por órgãos federais<sup>28</sup>

---

27 As informações acerca do período de liberalismo sexual alemão e o Comitê científico-humanitário foram extraídas da conjugação de duas fontes: verbete “**gay rights movement**”. Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online, 2013. Acesso em 02. jun. 2013 Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/766382/gay-rights-movement>; e RODRIGUES, Rita de Cássia Colaço. **Homofilia e homossexualidades: recepções culturais e permanências. História**, Franca, v. 31, n. 1, Jun. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-90742012000100018&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742012000100018&lng=en&nrm=iso). Acesso em 02 Jun. 2013.

28 Precedente da Suprema Corte Americana. Caso *ONE, INCORPORATED*, v. *OLESEN* - 355 U.S. 371 (1958). Relatório oficial do precedente disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/371/> Acesso

Importante destacar a emissão do Relatório *Wolfenden*, patrocinado pelo governo britânico, e elaborado pelo Comitê sobre Ofensas Homossexuais e Prostituição na Grã-Bretanha, o qual em 1957, após três anos de pesquisa, concluiu, baseado nas descobertas da psicanálise e das ciências sociais, que a prática homossexual entre adultos em consentimento deveria ser descriminalizada, com fundamento na liberdade dos cidadãos, por ser uma questão de moralidade privada, e declarando que não é tarefa da lei disciplinar a moralidade. A recomendação do relatório foi adotada pelo Parlamento Inglês, com a edição do ato de ofensas sexuais<sup>29</sup> apenas uma década depois, em 1967, o qual finalmente veio a descriminalizar a prática homossexual entre adultos britânicos, após o triste histórico das anteriores prisões de milhares de indivíduos homossexuais.<sup>30</sup>

Um dos mais famosos episódios das batidas policiais homofóbicas americanas ficou conhecido como “*Stonewall Riots*” (em português, Revoltas de Stonewall) destacado na história LGBT como marco de grande importância na luta dos direitos dos membros da comunidade LGBT. O episódio ocorreu no bar *Stonewall Inn* (Taverna Stonewall, em português), frequentado pela comunidade LGBT, em Nova Iorque, na madrugada de 28 de junho de 1969. Ressalte-se que o fato de alguém propor a outrem ter uma relação homossexual era um ato ilegal na Nova Iorque desta época.

Policiais novaiorquinos adentraram o referido bar e prenderam empregados, sob a acusação de vender bebidas alcoólicas sem licença, abordaram violentamente os donos do bar, levando-os em viaturas, esvaziaram o local, e prenderam alguns travestis, com base no estatuto criminal novaiorquino que prescrevia que os cidadãos deveriam utilizar ao menos três peças de vestuário “apropriadas ao seu gênero”.

Fora a terceira batida violenta em bares gays na vizinhança, em um curto lapso temporal. Desta vez, a costumeira passividade ante o abuso de autoridade policial foi deixada de lado pela comunidade LGBT, que, talvez, pela primeira vez reuniu gays, bissexuais, lésbicas e travestis em torno de uma causa comum, os quais, em número aproximado de 400 indivíduos, protestaram raivosamente, o que fez com que os policiais, chamando reforços,

---

em 02.jun.2013.

29 Texto normativo na íntegra disponível em: <[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/60/pdfs/ukpga\\_19670060\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/60/pdfs/ukpga_19670060_en.pdf)>. Acesso em 28. mai.2013.

30 Informações extraídas do verbete “**Wolfenden report**”. Enciclopédia Britânica *online*. Disponível em: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/646566/Wolfenden-Report>>. Acesso em 28. mai.2013. bem como do artigo jornalístico da BBC “**1957: Homosexuality 'should not be a crime'**”, disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/september/4/newsid\\_3007000/3007686.stm](http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/september/4/newsid_3007000/3007686.stm)>. Acesso em 28. mai.2013.

obstruísem o bar. A multidão conseguiu quebrar a barreira algumas vezes, e o bar foi posto em fogo. Ao final, as chamas foram apagadas e a multidão dispersa. Os protestos continuaram e aumentaram nos cinco dias seguintes <sup>31</sup>.

As chamas de *Stonewall Inn* continuaram a incendiar e inspirar o ativismo político e a união de grupos LGBT em todo o mundo, os quais resistem à discriminação social e política de seus membros, em defesa dos direitos das minorias sexuais, pelas próximas décadas até os dias atuais. Em diversos países, relembra-se e comemora-se, no mês de junho, os ocorridos de *Stonewall*, com as tradicionais paradas de orgulho gay (*gay pride*).

Nas próximas décadas, 1970 e 1980, surgiram diversas e importantes organizações políticas de defesa dos direitos homossexuais na Europa, EUA, e outras partes do mundo, com destaque para as americanas *National Gay and Lesbian Task force* (Força tarefa gay e lésbica nacional), organização pioneira em 1970, e a *Human Rights Campaign* (Campanha dos Direitos Humanos), grande e atuante organização fundada em 1980. Merece grande ênfase a criação, na Inglaterra em 1978, da famosa ILGA- *International Lesbian and Gay Association* (Associação Internacional de Lésbicas e Gays)-, hoje sediada em Bruxelas, a qual desempenha um papel coordenador fundamental nos esforços internacionais de combate à discriminação da comunidade LGBT e de promoção dos Direitos Humanos.

Apesar de existirem registros de associações homossexuais no Brasil já no fim da década de 1960, como a Associação Brasileira de Imprensa Gay (1967-1968), ou até mesmo do periódico gay *O Snob* (1963-1969), de acordo com Regina Fachhini <sup>32</sup> o movimento político homossexual brasileiro vai surgir somente com a criação do importante e pioneiríssimo grupo SOMOS, de São Paulo em 1978. Acerca da importância do grupo obtempera a referida autora<sup>33</sup>:

[...] esse grupo adquiriu grande notoriedade e visibilidade do ponto de vista histórico, não só por ter sido o primeiro grupo brasileiro, por ter tido uma atuação importante, ou por ter sido uma experiência marcante na vida das centenas de pessoas que passaram por suas atividades. O fato de que MacRae e Trevisan tenham publicado materiais bastante detalhados sobre ele, documentando suas atividades e examinando seu ideário e os conflitos entre seus participantes, contribuiu para que o estilo de militância do SOMOS se tornasse um modelo, tanto para outras organizações, como para os pesquisadores do tema.

31 Informações extraídas do verbete "**Stonewall riots**". Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online, 2013. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1386501/Stonewall-riots>>. Acesso em 28. mai.2013.

32 FACCHINI, Regina. **Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico**. Cadernos AEL, vol. 10, 18/19, 2003. Arquivo Edgard Leuenroth – Centro de Pesquisa e Documentação Social do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH) da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).

33 Op. Cit. p. 86-87.



Não podemos olvidar que o Brasil, nesse período, vivia seus negros anos de Ditadura Militar (1964-1985), uma era nada democrática e machista, com “moralismos” conservadores para todos os lados, inclusive na seara jurídica. Pode se indagar a respeito dos homossexuais nesse período autoritário, e Guilherme Rodrigues Passamani<sup>34</sup> bem responde:

De forma bastante simplista, pode-se dizer que a ditadura militar brasileira não esteve diretamente preocupada com as homossexualidades. Ela estava muito ocupada com os “comunistas”. Segundo vários estudiosos [...] durante todo o período de repressão militar, as sociabilidades gays seguiram ocorrendo. Houve censura a muitos espetáculos de travestis, transformistas nos principais salões do eixo Rio - São Paulo e ocorria a detenção de muitos homossexuais que buscavam encontros furtivos nas ruas. Os bailes de carnaval sofreram um retraimento. Mas não houve uma política de Estado que atingisse especificamente esta população. As leis moralistas do Regime, que buscavam doutrinar o país, diziam respeito à população em geral. Isto posto, a vida gay, durante os vinte anos de ditadura, ocorreu e, em alguns casos, no tocante ao circuito de entretenimento, desenvolveu-se. [...] O regime não tolerava a oposição. Portanto, os exílios foram muito constantes e as reuniões públicas eram reprimidas, mas tudo aquilo que não era visto, era permitido, ou seja, desde que você aparentemente não se opusesse ao regime e articulasse suas reuniões privadas de forma a não chamar a atenção, ou mesmo que as casas de espetáculos não fossem ofensivas à dita moralidade e os bons costumes, tudo poderia acontecer.

Portanto, a ditadura militar não deixou de censurar também a população LGBT, em um viés de falsos moralismos intolerantes à diversidade, invisibilizando os homossexuais ou até mesmo exilando-os. Mas o que não era visto era permitido, obrigando os homossexuais a se esconder do Estado repressor. Mas, a preocupação maior da Ditadura era mais voltada aos “comunistas”, e não aos “imorais afeminados”. A situação começaria a mudar somente com a redemocratização do Brasil nos anos de 1980, era de ascensão do movimento pelos direitos homossexuais.

### 1.5. A ascensão do movimento homossexual internacional pós-1980

Em 1980 o Partido Democrata americano ganhou apoio da comunidade LGBT americana por incluir em sua agenda a campanha contra a discriminação por orientação sexual, em um contexto em que vários políticos americanos já haviam “saído do armário” publicamente. Merece destaque, enquanto ícone e mártir da luta pelos direitos homossexuais,

---

34 PASSAMANI, Guilherme Rodrigues. **HOMOSSEXUALIDADES E DITADURAS MILITARES: OS CASOS DE BRASIL E ARGENTINA**. Revista Fazendo Gênero n. 9. Diásporas, Diversidades, Deslocamentos. UFSC, edição de 23 a 26 de agosto de 2010. p. 3-4.

o político e ativista dos direitos gay Harvey Milk, que, em 1977, foi eleito em São Francisco na Califórnia (a “Meca” gay da época, especialmente a famosa rua Castro) para ser um dos supervisores da cidade, o qual foi assassinado em 1978, enquanto cumpria seu mandato.

Regina Facchini<sup>35</sup> define, antes de analisar a história do moderno movimento homossexual brasileiro, o que se pode compreender como movimento homossexual:

[...] o conjunto das associações e entidades, mais ou menos institucionalizadas, constituídas com o objetivo de defender e garantir direitos relacionados à livre orientação sexual e/ou reunir, com finalidades não exclusivamente, mas necessariamente políticas, indivíduos que se reconheçam a partir de qualquer uma das identidades sexuais tomadas como sujeito desse movimento.

Após isso, a mesma autora identifica três diferentes momentos ou “ondas” do movimento homossexual brasileiro. A primeira onda, situada entre a segunda metade da década de 1970 e a primeira metade da década de 1980, um período de abertura política, tempo de nascimento e crescimento do movimento, o qual era mais localizado no Rio de Janeiro e São Paulo, de característica libertária, de luta contra o autoritarismo, enfim, um movimento propositivo de transformações sociais.

Ressalte-se que, nesse período pioneiro, juntamente com o Grupo SOMOS e o Grupo Triângulo Rosa (fundado em 1977 pelo advogado João Antônio de Souza Mascarenhas), aparece o importante e ainda bastante atuante *Grupo Gay da Bahia*, fundado em 1980 pelo professor de Antropologia da UFBA, Dr. Luiz Mott, prolífico autor sobre homossexualidades no Brasil. O Grupo Gay da Bahia declara possuir três objetivos<sup>36</sup>:

- 1 Defender os interesses da comunidade homossexual da Bahia e do Brasil, denunciando todas as expressões de homofobia (ódio aos homossexuais), lutando contra qualquer forma de preconceito e discriminação contra gays, lésbicas, travestis e transexuais,
- 2 Divulgar informações corretas sobre a orientação homossexual, desconstruindo o complô do silêncio contra o "amor que não ousava dizer o nome" e construir um discurso científico e correto, lutando contra comportamentos, atitudes e práticas que inviabilizam o exercício da cidadania plena de gays, lésbicas, travestis e transexuais no Brasil. Trabalhar na prevenção do HIV e Aids junto à nossa comunidade e outros grupos vulneráveis à epidemia.
- 3 Conscientizar o maior número de homossexuais da necessidade urgente de lutar por seus plenos direitos de cidadania, fazendo cumprir a Constituição Federal que garante tratamento igualitário a todos os brasileiros. Por esta razão o GGB é carinhosamente chamado de Sindicato dos Gays ou "Orgulho da Bahia" como diz Caetano Veloso.

Destaca, ainda Facchini, que o fim dessa primeira onda coincidiu com a

35 Op. Cit. p. 84.

36 GRUPO GAY DA BAHIA, **O que é o GGB**. Disponível em: <<http://www.ggb.org.br/ggb.html>> . Acesso em 01.jun. 2013.

redemocratização política brasileira, e com o aparecimento da epidemia conhecida pela sigla AIDS (do inglês, *Acquired immunodeficiency syndrome*, Síndrome da Imunodeficiência adquirida), que era considerada a “peste gay”. Acerca do tema, pondera<sup>37</sup>:

A forte associação de caráter negativo, entre AIDS e homossexualidade, que teve lugar no início da epidemia, levou vários grupos a optarem por não trabalhar prioritariamente com a luta contra a AIDS. [...] A associação entre AIDS e homossexualidade era por demais conflitante com a busca de legitimidade para a homossexualidade[...].

Corroborando Veriano Terto Jr.<sup>38</sup>:

O advento da AIDS, no início dos anos 80, [...] serviu de motivo para o recrudescimento de preconceitos contra os homossexuais, e a própria homossexualidade masculina se transformou num sinônimo de AIDS. No início, a associação chegou a tal ponto que a doença, recém-descoberta, chegou a ser chamada de GRID (Gay Related Immunodeficiency) nos meios científicos e de *câncer gay*, *peste gay* ou *peste rosa* pela imprensa e pela opinião pública.

Dando continuidade à sua análise histórica, Regina Facchini identifica uma segunda onda durante os anos de 1980, um momento de certo declínio e de transformações, e viu a extinção do Grupo SOMOS e do Grupo Triângulo Rosa. Um dos fatores que frearam a proposta de liberação sexual do movimento foi o impacto negativo da epidemia da AIDS. Focou-se na luta pelo direito à diferença e as organizações tornaram-se mais formais que comunitárias. Na segunda onda ocorreu a aproximação com o movimento homossexual internacional, notadamente com a ILGA, bem como com associações científicas, políticos, partidos, magistrados, etc., em uma luta por legitimidade frente ao impacto da AIDS.

Por fim, a referida autora identifica, a partir dos anos de 1990, o que chama de terceira onda ou momento, que diz ter sido o “reflorescimento” do movimento homossexual brasileiro, em razão do exponencial aumento dos encontros nacionais do movimento de militância. Destaca a presença marcante na mídia, a integração com movimentos nacionais e internacionais de defesa dos Direitos Humanos e dos Direitos Homossexuais, criação de associações nacionais de grupos gay, como a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis, atuação junto ao Estado com a propositura de projetos de leis nos três níveis federativos, bem como atuação junto a agências estatais de promoção de Direitos Humanos e

---

37 Op. Cit. p. 102.

38 TERTO JR., Veriano. **Homossexualidade e saúde**: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 8, n. 17, Junho de 2002. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832002000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832002000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 17. jun. 2013.

de prevenção a DST's e AIDS, não podendo se olvidar a organização de eventos públicos, como o Orgulho Gay em São Paulo.<sup>39</sup>

O meio político internacional, a partir do fim dos anos de 1990, passou por uma verdadeira “saída do armário” coletiva de políticos importantes. Em 1998 foi eleito como prefeito da grande cidade de Winnipeg, no Canadá, Glenn Murrey, pioneiro aberta e publicamente gay. Em 2001 as metrópoles europeias de Paris e Berlim elegeram prefeitos gays, Bertrand Delanöe e Klaus Wowereit, respectivamente. A chefia do governo de um país seria conquistada em 2009, na Islândia, que elegeu Jóhanna Sigurðardóttir, lésbica, como sua Primeira-Ministra.

No cenário brasileiro, em 2007, Clodovil Hernandez foi eleito deputado federal, o terceiro mais votado daquela legislatura, morreu cumprindo seu mandato. Em 2010, Jean Wyllys, assumidamente gay e ativista dos Direitos Humanos e Homossexuais foi eleito para a Câmara Federal, exercendo até os dias atuais um mandato de intensa defesa e embates em favor da comunidade LGBT, tornando-se famoso pela oposição ao Deputado Federal Marco Feliciano, eleito em 2010, conservador pastor da igreja Assembleia de Deus que viria a presidir a comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, fato que gera até os dias intensos protestos da comunidade LGBT nacional e de vários setores da sociedade civil.

#### 1.6 O reconhecimento e legalização do Instituto do Casamento Homoafetivo pelos Estados Estrangeiros e o caso brasileiro

Não podemos deixar de mencionar, ainda no contexto das décadas de 1990 e 2000, o fenômeno internacional da chancela estatal que começou a regulamentar as parcerias homoafetivas, antes relegadas apenas ao mundo dos fatos, fora do âmbito de proteção normativa. Fruto das históricas lutas por legitimidade da comunidade LGBT internacional, as uniões homoafetivas começariam a ser reconhecidas pelos Estados. Em 1989, o Parlamento da Dinamarca aprovou legislação que regulamentou as chamadas “parcerias registradas”

---

39 Síntese do autor do artigo de FACCHINI, Regina. **Movimento homossexual no Brasil**: recompondo um histórico. Cadernos AEL, vol. 10, 18/19, 2003. Arquivo Edgard Leuenroth – Centro de Pesquisa e Documentação Social do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH) da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).

homossexuais, uma figura “atenuada” de um casamento, sem possibilidade de adoção conjunta de filhos pelo casal, tornando-se assim o primeiro país no mundo a reconhecer na legislação os direitos dos casais gays.

Vários países viriam a seguir o exemplo dinamarquês, provendo proteção legislativa aos casais, como a Noruega (1993), Suécia (1995), Islândia (1996), Holanda (1998), Alemanha (2001), Reino Unido (2005) e Irlanda (2008). Curioso notar a denominação específica dos institutos – união civil, parceria civil, parceria doméstica, parceria registrada - que nesse momento foi adotada na comunidade política internacional, sempre diferenciando as parcerias homoafetivas das heteroafetivas, estas as únicas passíveis de usarem do status do “manto sagrado” do casamento e capazes da tarefa de procriar e criar a prole. A maioria dessas restrições, nos referidos países, já havia desaparecido pelo ano de 2007.

No entanto a comunidade LGBT internacional não se contentou com essa válida, mas incompleta tentativa de assegurar a igualdade entre cidadãos, ou casais, homo e heterossexuais. Ou se equiparavam completamente as situações jurídicas, ou se diferenciavam, violando a Igualdade dos cidadãos de sexualidade minoritária. Em 2005, abordando essa exclusão dos casais gays do casamento, em uma analogia ao antigo regime segregacionista de negros americanos sulistas, o professor da Escola de Direito da Universidade Yale (EUA), Ian Ayres escreveu<sup>40</sup>:

Sejamos claros. A União Civil é um verdadeiro avanço. Poder andar na parte traseira de um ônibus é muito melhor do que não poder andar de forma alguma de ônibus. Mas o estatuto da união civil é melhor caracterizado como separados mas substancialmente desiguais.

Assim, após esse grito da comunidade gay internacional pela Igualdade jurídica dos casais homo e heteroafetivos perante o Estado, a Holanda foi o primeiro país a ouvir o clamor igualitário ao criar o instituto do casamento homossexual, em 2001, tornando-se a primeira nação a legalizar, por meio de seu Parlamento, o casamento de pessoas do mesmo sexo. Após a experiência da Holanda, cresce uma onda de legalizações que vai atingir, até o presente momento, 14 (quatorze) países que reconhecem a legalidade do casamento homoafetivo. São eles: Bélgica (2003), Canadá e Espanha (2005), África do Sul (2006), Noruega e Suécia

---

40 AYRES, Ian. **"Separate, Unequal: How Civil Unions Fall Short Of Marriage"**. Universidade Yale, 2005. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/news/2432.htm>> Acesso em 10.jun.2013.

Tradução livre do autor da monografia. Excerto original do texto: *Let's be clear: Civil union is a true advance. Being able to ride in the back of the bus is a lot better than not being able to ride at all. But the civil union statute is better characterized as separate but substantively unequal.*

(2009), Portugal (2010), Islândia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012), Uruguai (2013), Nova Zelândia (2013), França (2013), e Brasil (2013).

Além disso, também legalizaram o casamento homoafetivo os seguintes Estados americanos: Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Iowa (2009), Vermont (2009), District of Columbia (2010), New Hampshire (2010), New York (2011), Maine (2012), Washington (2012), Delaware (2013), Maryland (2013), Minnesota (2013), Rhode Island (2013).

No ano de 2010, a Suprema Corte Mexicana declarou constitucional a celebração de casamentos de pessoas do mesmo sexo ao analisar a lei permissiva que vigia no Distrito Federal do País (Cidade do México) desde 2009<sup>41</sup>.

Nos Estados Unidos da América, atualmente, o casamento gay está na pauta de julgamento da Suprema Corte Americana, que analisará a constitucionalidade de duas normas: A Proposta 8 (*Proposition 8*) e a Lei ou Ato de Defesa do Casamento (*Defense of Marriage Act*)<sup>42</sup>. A última foi sancionada pelo então presidente Bill Clinton, em 1996, a qual emendou a Seção 7, do Capítulo 1, Título 1, do Código de Leis Federais dos EUA, definindo o casamento apenas como “[...]uma união legal entre um homem e uma mulher como esposo e esposa, e que a palavra cônjuge se refere apenas a uma pessoa do sexo oposto que é um marido ou esposa.” (tradução livre do autor). Essa lei foi feita em reação à decisão favorável ao Casamento gay pela Suprema Corte do Estado americano do Havaí, prolatada em 1993. O próprio ex-presidente já declarou, recentemente, que a referida lei viola o Princípio da Igualdade dos Cidadãos. Sua esposa, a Senadora Hillary Clinton, é abertamente favorável ao casamento gay.<sup>43</sup>

Com relação à proposta 8, ou Ato de Proteção ao Casamento da Califórnia (*California Marriage Protection Act*), a mesma decorreu da aprovação de um referendo popular realizado em 2008 na Califórnia, que se tornou emenda constitucional do referido Estado, definindo que “apenas o casamento entre um homem e uma mulher é válido ou reconhecido na

---

41 Dados acerca dos países que legalizaram o casamento gay, e, da decisão mexicana, extraídos do verbete “**same-sex marriage**”. Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online. Encyclopædia Britannica Inc., 2013. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/753687/same-sex-marriage>>. Acesso em 28.mai.2013.

42 Texto na íntegra da norma disponível no sítio governamental: <<http://www.govtrack.us/congress/bills/104/hr3396/text>>. Acesso em 18.jun.2013. Excerto original da norma: [...] *the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.*’.

43 Dados extraídos do artigo “**Casamento gay: a pauta é diferente nos EUA e no Brasil.**” Revista Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/casamento-gay-a-pauta-e-diferente-nos-eua-e-no-brasil>>. Acesso em 17. jun.2013.

Califórnia.”<sup>44</sup>. A referida norma foi prequestionada sucessivamente nos tribunais de instâncias superiores, alcançando a jurisdição da Suprema Corte Americana, a qual em março de 2013 ouviu as sustentações orais pró e contra casamento gay. O veredicto final acerca dos dois casos envolvendo as duas normas supracitadas deve sair em breve (junho ou julho de 2013). Ressalte-se que a questão está gerando acalorados debates na sociedade americana, ainda que, segundo a pesquisa do jornal *The Washington Post*, realizada em março de 2013, 58% dos americanos são favoráveis à legalização do casamento homoafetivo<sup>45</sup>.

Digno de nota é a recente legalização do casamento homoafetivo na França, vigente desde 18 de maio de 2013, legislação<sup>46</sup> aprovada com pequena margem de diferença nos órgãos do Legislativo francês, sofrendo dura oposição das bancadas conservadoras. No entanto, a iniciativa do governo Socialista do primeiro Ministro Jean-Marc Ayrault e do presidente François Hollande, conseguiu assegurar o direito ao casamento homoafetivo, que já ocorre no país, não sem grandes protestos públicos<sup>47</sup>, da oposição religiosa (especialmente da Igreja Católica que ainda se opõe veementemente) e conservadora, bem como de grupos de gays contrários à instituição do casamento, gerando desgastes políticos e sociais. A mais recente pesquisa de opinião pública francesa, datada de 24 de maio de 2013 constatou que apenas 53% dos franceses são favoráveis à instituição do casamento homoafetivo.

Por fim, é necessário discorrer brevemente acerca do caso brasileiro, o qual será exaustivamente abordado nos próximos capítulos deste trabalho. De forma distinta e peculiar, a chancela estatal brasileira ao casamento homoafetivo ocorreu por meio da atuação garantista do Poder Judiciário, e não por meio da iniciativa das massas populares ou dos representantes parlamentares. Ocorre que já houve iniciativa de leis, como a Projeto de Lei n. 1151/1995<sup>48</sup>, de autoria da então deputada federal Marta Suplicy, o qual pretendia legalizar as

44 Texto na íntegra da norma disponível no sítio governamental: <<http://voterguide.sos.ca.gov/past/2008/general/text-proposed-laws/text-of-proposed-laws.pdf#prop8>>. Acesso em 17.jun.2013. Excerto original da norma: *Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*.

45 Dados extraídos de pesquisa no jornal *The Washington Post* disponível em: <[http://www.washingtonpost.com/politics/polling/march-2013-postabc-poll-samesex-marriage/2013/03/26/aeb55690-8ff5-11e2-9173-7f87cda73b49\\_page.html](http://www.washingtonpost.com/politics/polling/march-2013-postabc-poll-samesex-marriage/2013/03/26/aeb55690-8ff5-11e2-9173-7f87cda73b49_page.html)>. Acesso em 17. jun.2013.

46 Texto legal oficialmente publicado no sítio do governo francês, disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.docidTexte=JORFTEXT000027414540&dateTexte=&categorieLien=id>>. Acesso em 18. Jun.2013.

47 Informações dos protestos disponível no artigo do Pòrtal G1 "**Protestos contra o casamento gay terminam em confusão na França**", disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/protestos-contra-o-casamento-gay-terminam-em-confusao-na-franca.html>>. Acesso em 18.jun.2013.

48 Projeto de lei disponível no sítio da Câmara dos Deputados: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracodeor=15012&filename=PL+1151/1995](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracodeor=15012&filename=PL+1151/1995)>. Acesso em 18. jun.2013.

Unões Civis homossexuais. O Projeto tramita há quase uma década e ainda aguarda ser pautado para sessão no Plenário da Câmara dos Deputados.<sup>49</sup>

Ante essa inércia infundada do Legislativo, os casos de casais homossexuais visando obter proteção jurídica à sua união, ou que desejavam o seu próprio casamento, não pararam de bater às portas dos Tribunais pátrios, em todas as instâncias. Inicialmente, era alegada a falta de previsão legal, e, muitas uniões foram denegadas pelos magistrados. No entanto, a tônica da fundamentação jurídica começou a se alterar em alguns tribunais estaduais, e finalmente a questão chegou na Suprema Corte Brasileira (STF).

Em 04/05/2011 os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, reconheceram, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo. Em seguida, em 25/10/2011, ao julgar o Recurso Especial n. 1.183.378 – RS, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro por maioria, proveu recurso de duas mulheres que pediam para ser habilitadas ao casamento civil.

Em decorrência dessas decisões históricas das Cortes Superiores, vários Tribunais de Justiça estaduais, como os do Paraná, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Ceará, Alagoas, Bahia, Piauí e Santa Catarina (em 29 de abril de 2013), utilizando-se das atribuições de suas corregedorias gerais, as quais regulamentam as atividades dos cartórios extrajudiciais de Registro Civil de seus estados, determinaram que os mesmos passassem a registrar o casamento homossexual dos requerentes do mesmo sexo.<sup>50</sup>

Não demorou, e o Conselho Nacional de Justiça, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, em 14 de maio de 2013, por iniciativa de seu presidente e por grande maioria, aprovou a resolução n. 175, a qual proíbe que as autoridades cartorárias do território nacional não habilitem ou celebrem o casamento homossexual, ou que não convertam a união estável dos cidadãos gays em casamento.<sup>51</sup> Assim, efetivamente, o casamento homoafetivo foi historicamente garantido, ou legalizado

49 Andamento do Projeto de Lei disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em 18.jun.2013.

50 Conforme anunciado pelo artigo do Jornal Diário Catarinense "**Justiça de Santa Catarina autoriza casamento homossexual**", disponível em: <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/geral/noticia/2013/04/justica-de-santa-catarina-autoriza-casamento-homossexual-4121677.html>>. Acesso em 18.jun.2013.

51 Dados extraídos do sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24911-navegue-pelas-fotos-e-entenda-o-que-mudou-com-a-regulamentacao-do-casamento-homoafetivo>>. Acesso em 18.jun.2013.



(legalidade em sentido amplo), no nosso país. As reações de setores sociais conservadores, de religiosos fundamentalistas e de parlamentares da bancada evangélica ou católica foram extremas. Dados estatísticos mostram que ainda 38% da população brasileira é contrária a direitos igualitários entre casais homo e heterossexuais. A margem estatística entre os homens chega a 47%.<sup>52</sup>

### 1.7. Conclusões críticas acerca da análise do desenvolvimento histórico dos Direitos Homossexuais

Ao longo da análise desse breve histórico do desenvolvimento dos direitos da comunidade LGBT internacional, podemos vislumbrar uma jornada muito árdua, para que os indivíduos de sexualidade minoritária pudessem conquistar legitimidade junto à sociedade internacional.

Vimos que, inicialmente, em tempos imemoriais em que nasciam as primeiras civilizações, as relações entre indivíduos do mesmo sexo já estavam presentes e gozavam de certo respeito, de uma certa beleza poética, erótica e clássica. Com o advento das religiões patriarcais judaico-cristãs, e seu crescente poderio hegemônico a partir do fim da Idade Antiga e durante toda a Idade Média, vimos nascer o fenômeno odioso da homofobia, da intolerância religiosa em nome de um Deus punitivo, a qual levou incontáveis indivíduos de sexualidade minoritária às fogueiras da nada “Santa Inquisição”, que queimou e torturou os indesejáveis bodes expiatórios “desviados”.

O ódio intolerante das maiorias sexuais perdurou durante a Idade Moderna, e os nascentes Estados Modernos machistas não hesitaram em utilizar de seus soberanos poderes coercitivos para mandar os “sodomitas” às mais sórdidas masmorras punitivas, tolhendo-os das mais fundamentais liberdades de locomoção e de expressão, bem como da integridade física, abafando os gritos do “amor que não ousa dizer seu nome”, como diria, Lord Alfred Douglas, que teve de ver seu amante Oscar Wilde definhando na prisão por apenas ser quem era.

Ventos de esperança racional e de humanidade surgiram com o Iluminismo, trazendo luzes à abordagem da questão *queer*. No entanto, essa luz ainda seria muito abafada e escondida pela violenta polícia homofóbica. Utilizando-se da máquina militar machista e

---

52 Conforme dados da pesquisa no sítio eletrônico do Portal G1, disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/05/37-dos-brasileiros-nao-aceitariam-filho-homossexual-diz-pesquisa.html>>. Acesso em 18.jun.2013.

racista, os homossexuais seriam ridicularizados pelo Holocausto Nazista, ostentando triângulos rosas em suas vestes, como marcas na pele de bois prontos para o abate nas horrendas câmaras de gás.

A Ciência, inicialmente, contribuíra para estigmatizar e tornar patológica a homossexualidade, em políticas higienistas de “cura gay”, somente muitos anos mais tarde tendo que rever completamente suas errôneas concepções, para então aceitar a naturalidade de um comportamento sempre presente na história da humanidade.

Podemos ver que, somente a partir do século XX, foi que, inicialmente de maneira bem tímida, nasceria o movimento político pelos direitos homossexuais, que enfrentou a oposição da sociedade, do Estado, da Igreja. Funcionários públicos foram demitidos, soldados impedidos de servir o Exército, indivíduos de famílias cristãs foram excluídos de suas comunidades. O movimento teve que crescer, desenvolver-se, unir os indivíduos e publicizar a questão para que os direitos atuais viessem a ser, a duras penas, consolidados. Os homossexuais brasileiros tiveram de ser invisibilizados, calados e exilados pela Ditadura Militar. Vários políticos tiveram que “sair do armário” e enfrentar o desprezo da sociedade, muitos indivíduos tiveram que ir às ruas e ser ridicularizados, por apenas quererem poder ser quem eram, para serem cidadãos iguais aos heterossexuais perante o Direito.

O movimento teve de enfrentar a dura epidemia da AIDS, tachada de “peste gay”, mais uma vez um bode expiatório da cruel opinião pública conservadora, freando a evolução do movimento. Somente na década de 1990 foi que a comunidade homossexual ganhou ampla visibilidade, influência e aceitação, e somente nos anos 2000, indivíduos de sexualidade minoritária ascenderam publicamente a grandes cargos políticos.

Acatando reivindicações por igualdade, Estados começaram a proteger as uniões civis homossexuais, para somente a partir dos anos de 1990 igualar completamente casais homo e heteroafetivos perante a lei. A onda igualitária continua a se alastrar pelo planeta Terra, onde as principais Democracias procuram logo assegurar a total igualdade entre seus cidadãos, legalizando o casamento homoafetivo, corolário das lutas da comunidade LGBT internacional.

Não obstante, ainda enfrentam-se muitas lutas contra setores conservadores, principalmente os religiosos patriarcais fundamentalistas, que não aceitam o império da Constituição e dos Direitos Humanos Homossexuais internacionais, se apegando a delírios de retrocesso que remontam à Idade Média. É uma luta que ainda está longe de acabar, mas que

já exibe grandes vitórias históricas, trazendo o alento de um futuro mais justo, igualitário, humano e democrático.

## **2 O DESENVOLVIMENTO DOS INSTITUTOS DA UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO ENQUANTO CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA**

Neste capítulo da obra de pesquisa, será tratado de maneira extensiva o desenvolvimento ao longo dos anos da jurisprudência dos Tribunais Pátrios, especialmente das Cortes Superiores e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no que tange aos casais do mesmo sexo. A importância dessa análise jurisprudencial reside no fato de que, ao contrário de certos países democráticos em que o reconhecimento das uniões estáveis e casamentos homoafetivos se deu por iniciativa do Parlamento, no Brasil o instituto do casamento civil igualitário teve que germinar durante muitos anos nas Cortes de Justiça pátrias, que ao fim garantiram “irremediavelmente” a proteção igualitária aos casais que pretendiam se unir e constituir família do mesmo modo que os casais heterossexuais.

### **2.1. Os primeiros registros: casais gays como mera sociedade patrimonial de fato**

O primeiro registro de precedente jurisprudencial disponível para consulta detectado neste trabalho de pesquisa, relativo a demandas envolvendo casais de pessoas do mesmo sexo no país, é datado do ano de 1989, um ano após a promulgação da Constituição Cidadã, e é proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Colaciona-se trecho da ementa da referida decisão pioneira:

**Sociedade de fato.** Dissolução pela morte de um dos sócios. Partilha de bens. **Esforço comum na formação do patrimônio. Homossexualismo.** Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais. **Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que**

**se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha.** Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. **A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um.** [...] <sup>53</sup>

O aresto do acórdão reflete exatamente como as relações homoafetivas eram inicialmente compreendidas pelos Tribunais: como meras sociedades de fato (sob a égide do art. 1363 do Código Civil de 1916<sup>54</sup>), regidas pelo Direito das Obrigações, sob o enfoque estritamente patrimonial das relações interindividuais, nas quais exigia-se a prova por parte do consorte acerca do esforço comum para a formação do patrimônio, matéria à época relegada à competência das Varas Cíveis e não de Família. Note-se o antigo uso, hoje entendido como inadequado, da palavra homossexualismo, que carrega o sentido de patologia, em vez de homoafetividade ou homossexualidade. <sup>55</sup>

Nessa esteira, destacando-se as tentativas infrutíferas da equiparação jurídica da relação homoafetiva com o instituto do concubinato, decidiram, na mesma senda do primeiro precedente, os Tribunais de Justiça pátrios por sucessivos anos:

Competência - sociedade de fato - concubinato - ligação homossexual - Alteridade de sexos que é pressuposto do concubinato, tratando-se de um sucedâneo do matrimônio constitutivo da família e não dele decorrente - Hipótese que **trata de uma sociedade patrimonial de fato**, destituída de vínculo com o instituto. <sup>56</sup>

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, passados oito anos do supracitado aresto, se posicionava de igual modo:

Civil. **Reconhecimento e Dissolução da Sociedade de Fato** post mortem c/c Partilha de Bens entre pessoas do mesmo sexo. 1. **Em se tratando de pessoas do mesmo sexo, a sociedade de fato pode existir inclusive com a divisão de bens amealhados pelo esforço comum, mas a lei vigente não confere direito algum em decorrência do relacionamento sexual como elemento integrante dessa sociedade.** a Súmula 380 do STF cuidada sociedade de fato entre “concubinos”, que pela definição de direito atual, importa união livre entre homem e mulher e, destarte, não pode ser dilargada para o efeito de abranger, também, a convivência de pessoas do mesmo sexo. O juiz decide de acordo com a lei vigente e não de lege ferenda. 2.

53 TJRJ, Apelação Cível 731/1989. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Narcizo Pinto, j. 08/08/1989. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?page=4&&idJurisAssunto=25>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

54 Art. 1.363. Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutualmente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.

55 A Organização Mundial da Saúde removeu o “homossexualismo” do catálogo internacional de doenças (CID) em 1985 e, desde 1995, com relação à condição de ser homossexual, aboliu de seus documentos o sufixo ‘ismo’ - que denota condição patológica, trocando-o pelo termo homossexualidade, eis que o sufixo ‘dade’ denota o estado de ser do indivíduo. No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº1, de 1999, que “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual”, proibindo qualquer tipo de postura discriminatória.

56 TJSP, AC 139316-1, 4ª C. Cível, Rel. Des. Ney Almada, j. 11/10/1990.

Prova coletada nos autos insuficientes à procedência do pedido de uma dissolução de sociedade de fato – que inexistiu no sentido de formação patrimonial – e de sua partilha. Apelação desprovida.<sup>57</sup>

Não se pode deixar de notar a excessiva ênfase, que salta aos olhos na referida decisão, do caráter meramente sexual atribuído à relação homossexual, ainda não se reconhecendo explicitamente o vínculo afetivo que a permeia.

No mesmo ano de 1998, o Superior Tribunal de Justiça já havia se pronunciado sobre a sociedade de fato homossexual, nos ditames do trecho de ementa da decisão:

**Sociedade de fato. Homossexuais.** Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de **sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1363 do C. Civil.** [...] <sup>58</sup>

Essa visão patrimonialista de união homossexual viria, sucessivamente, a ser alterada, começando, de forma peculiar no âmbito do Direito Administrativo e Previdenciário e não no Direito de Família.

## 2.2. Indícios de mudança nas searas do Direito Administrativo e Previdenciário

De modo muito interessante e peculiar, constatou-se que as mudanças no entendimento dos Tribunais no tocante à relação homoafetiva, que passou a ser compreendida como verdadeira união merecedora de proteção jurídico-estatal, não se iniciaram nas Varas ou Câmaras Cíveis ou de Família, mas a partir de reivindicações de parceiros/companheiros de homossexuais por benefícios como planos de saúde ou de pensão por morte, na seara do Direito Administrativo e Previdenciário. Essas decisões pioneiras contribuiriam por firmar os primeiros alicerces de toda uma argumentação principiológica, constitucional, baseada nos Direitos Humanos internacionais, que acendeu o estopim para as futuras decisões que viriam a reconhecer a união estável e o casamento homoafetivo.

Grande destaque merece a inovadora e muito bem fundamentada sentença<sup>59</sup> (47 fls.) proferida, ainda nas auras de 1996, pelo Juiz Federal Roger Raupp Rios da 10ª Vara

<sup>57</sup> TJDF, AC 4733798, Rel. Des. Campos Amaral, j. 16/03/1998.

<sup>58</sup> STJ, REsp 148897/MG, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/02/1998

<sup>59</sup> Porto Alegre - Proc. 96.0002030-2 e 96.0002364-6, 10ª Vara, Juiz Federal Roger Raupp Rios, j. 08/09/1996.

Federal de Porto Alegre-RS. Tratava-se de ação movida por dois indivíduos homossexuais em face da Caixa Econômica Federal - CEF e a Fundação dos Economistas Federais – Funcef, em que pleiteavam o reconhecimento da União Estável havida entre si, decorrente de convivência como casal por mais de sete anos, e a condenação das rés à admissão de um dos autores como beneficiário do Plano de Saúde de seu companheiro. Ambos os autores estavam padecendo dos fortes efeitos do vírus HIV. As rés negaram o direito à extensão de condição de dependente de um autor em relação ao outro, tendo em vista a não aceitação que indivíduos do mesmo sexo constituíssem união estável, alegando que a Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 3º, impunha a diversidade de sexos como requisito. O togado rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da União Estável, mas acolheu, no mérito, a alegação de que o texto constitucional exigia a diversidade de sexos, rejeitando o pedido de declaração de união estável. No entanto, o magistrado, em sua fundamentação, a qual levou à condenação das rés à inclusão do parceiro como dependente, acaba por considerar os autores preenchedores de todos os requisitos para a condição de companheiro. Merecem transcrição trechos da referida decisão:

[...] qualificação da discriminação por orientação sexual como espécie do gênero discriminação sexual, não há razão que, juridicamente, legitime a adoção de **tratamento diferenciado a homossexuais, com relação ao dispensado a heterossexuais**[...] não é legítima a elaboração e interpretação do regime de ingresso no PAMS e na Funcef, que, além de **ferir os direitos humanos dos autores**, atenta contra a finalidade objetiva e a função econômica e social das iniciativas das rés, dada a relevância constitucional das ações públicas e privadas na área da saúde. [...] Com relação à **condição de companheiro vivida entre os litisconsortes ativos**, sublinhe-se que **estão presentes todos os requisitos exigidos**: vida em comum, coabitação, **laços afetivos**, divisão de despesas. Não se alegue, contra tal realidade, a ausência de expressa previsão legislativa.

Em 1998, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve integralmente a referida sentença<sup>60</sup>, objeto de duas apelações, conforme trechos da ementa do acórdão:

Administrativo. Constitucional, civil e processual civil. Justiça Federal. [...] União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento. Impossibilidade. Vedação do § 3º do art. 226, da Constituição Federal. Inclusão como dependente em plano de saúde. Viabilidade. Princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, e da dignidade humana.

Em breve, essa nova tratativa não discriminatória das relações homoafetivas abriria caminho para a regência das mesmas no campo do Direito de Família.

60 TRF 4ª Região, REsp 96.04.55333-0/RS, 4ª T., Rel. Juíza Marga Barth Tessler, j. 20/08/1998.

### 2.3. As relações homossexuais adentram a seara do Direito de Família: A vanguarda do Tribunal de Justiça Gaúcho

No ano seguinte, 1999, as relações homossexuais finalmente adentraram a seara do Direito de Família em Tribunal, através da primeira decisão encontrada sobre o tema, a qual determinou a competência das varas de família para julgar e processar os litígios envolvendo casais homossexuais. A referida decisão é proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tribunal este que atuaria de forma vanguardista na garantia e defesa dos direitos homossexuais pelos próximos anos, mesmo que na contramão da jurisprudência pátria à época majoritariamente conservadora, para não dizer hipócrita, ante as mudanças já ocorridas na sociedade brasileira. Note-se que a decisão é dotada de sensibilidade incomum à época, ao reconhecer a presença do afeto nas relações, e não apenas os fatores patrimoniais ou sexuais. Também a decisão coloca em situação senão de igualdade, de semelhança entre casais homo e heteroafetivos. Eis o aresto da decisão:

Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem **relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais**. Agravo provido.<sup>61</sup>

Referido tribunal viria a confirmar a competência das Varas de Família no ano seguinte, ou seja, em 2000, bem como reconheceria a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união estável homossexual, conforme as ementas das decisões.<sup>62</sup>:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO EM SOCIEDADE DE FATO. A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DE CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO, É DAS VARAS DE FAMÍLIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CÂMARA, POR NÃO SER POSSÍVEL QUALQUER DISCRIMINAÇÃO POR SE TRATAR DE UNIÃO ENTRE HOMOSSEXUAIS, POIS É CERTO QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONSAGRANDO PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO, PROIBE DISCRIMINAÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE, PRINCIPALMENTE QUANTO A OPÇÃO SEXUAL, SENDO INCABÍVEL, ASSIM, QUANTO À SOCIEDADE DE FATO HOMOSSEXUAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ACOLHIDO.

<sup>61</sup> TJRS, AI 599 075 496, 8ª C. Cív., Rel. Des. Breno Moreira Mussi, 17/06/1999.

<sup>62</sup> Conflito de Competência Nº 70000992156, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. José Ataides Siqueira Trindade, Julgado em 29/06/2000.

E, ainda acerca da possibilidade jurídica do pedido, declarando, de forma revolucionária, a existência de uma “onda renovadora” no mundo, e a busca pela felicidade <sup>63</sup>:

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINAÇÃO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINAÇÃO QUANTO À UNIÃO HOMOSSEXUAL. E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAÍS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTÍFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELAÇÕES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUÍDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Sul), após um ano das revolucionárias decisões suprarreferidas (2001), curiosamente na seara Previdenciária, reconheceu as transformações sociais e a evolução do direito para conferir proteção igualitária às relações jurídicas emergentes constituídas entre companheiros homossexuais, destacando-se, de forma inovadora, a presunção de dependência econômica do companheiro:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. COMPANHEIRO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. REALIDADE FÁTICA. **TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS. EVOLUÇÃO DO DIREITO.** PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE **IGUALDADE**. ARTIGOS 3º, IV E 5º. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. [...]. 1. A realidade social atual revela a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na **condição de companheiros, como se casados fossem**. 2. O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma **relação jurídica emergente de fato público e notório**. 3. O **princípio da igualdade** consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º, IV e 5º, aboliu definitivamente qualquer forma de discriminação. 4. A **evolução do direito** deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais. 5. A **dependência econômica do companheiro é presumida**, nos termos do § 4º do art. 16 da Lei n.º 8.213/91. [...] <sup>64</sup>

Talvez essa decisão serviu de amparo para uma decisão do mesmo ano que merece

63 AC n. 598362655, OITAVA CAMARA CIVEL, TJRS, RELATOR: DES. JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 01/03/2000

64 AC n.º 2000.04.01073643-8/RS, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Nylson Paim de Abreu, unânime, DJU 10-01-2001, pg. 373)



grande destaque, ante a extensão de seus efeitos e sua alçada ao Supremo Tribunal Federal. Tratava-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal por provocação do Grupo Gay da Bahia e Grupo pela livre orientação Sexual NUANCES, contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em que se postulava, novamente na seara do Direito Previdenciário, a inclusão de companheiros homossexuais, como dependentes previdenciários, especialmente no que tange à garantia de direitos à pensão por morte e auxílio-reclusão. Em sentença paradigmática e extensivamente fundamentada<sup>65</sup>, a Togada Federal, condenou o INSS, em todo território nacional, por se tratar de Ação Civil Pública, a incluir os companheiros homossexuais nos benefícios aludidos. A decisão recebeu a seguinte ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCLUSÃO DE COMPANHEIROS HOMOSSEXUAIS NA QUALIDADE DE DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS. DIREITO DE INTEGRANTES DE UNIÕES HOMOSSEXUAIS AOS BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-RECLUSÃO.

Essa decisão reveste-se de suma importância ante sua abrangência nacional e por ter sido alçada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que as relações homoafetivas, já nessa época, batessem às portas do Pretório Excelso.

#### 2.4. As relações homoafetivas batem às portas das Cortes Superiores

Irresignado com a suprarreferida decisão, o INSS encaminhou petição de suspensão da tutela concedida na referida ação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, especialmente no que tange à eficácia *erga omnes* da decisão. Surpreendentemente, em 2003, o STF não acolheu a pretensão do INSS, elogiando a sentença, ressaltando-se o caráter discriminatório da negativa da entidade de Previdência em razão da “opção” sexual, sendo o primeiro registro de precedente no Supremo Tribunal que trata da condição de companheiro aos homossexuais. Colacionam-se trechos da ementa e da decisão <sup>66</sup>do Ministro Marco Aurélio:

DECISÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TUTELA IMEDIATA - INSS - CONDIÇÃO DE DEPENDENTE - COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL -

<sup>65</sup> AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0009347-51.2000.404.7100. JUÍZO FED.DA 01A VF PREVIDENCIÁRIA DE PORTO ALEGRE. Juíza: Carla Evelise Justino Hendges . J. em 19/12/2001

<sup>66</sup> STF, Pet. 1984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/02/2003.

EFICÁCIA ERGA OMNES - EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - SUSPENSÃO INDEFERIDA [...] Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual.[...]

Em 2004 as relações homossexuais foram objeto de debate no Tribunal Superior Eleitoral, em um acórdão histórico, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual foi pontuada a semelhança da relação estável homossexual com o casamento, união estável e concubinato, o que levou à declaração de inelegibilidade de candidata ao cargo de prefeita por ser esta ser companheira da reeleita prefeita à época. A decisão<sup>67</sup> merece transcrição da ementa e trechos dos votos:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.

Do voto do Min. Gilmar Mendes:

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, acredito que esse relacionamento tenha reflexo na esfera eleitoral.

[...]

É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos.

E, do voto do Min. Francisco Peçanha Martins: *Vivemos em tempos de verdade no que diz respeito ao amor; e a consequência política haverá de ser; sim, o impedimento.*

No mesmo ano, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi a primeira Corte brasileira, através de sua Corregedoria Geral de Justiça, a editar provimento que incluiu em

---

67 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 24564, Acórdão nº 24564 de 01/10/2004, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/10/2004 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 17, Tomo 1, Página 234.

sua consolidação normativa notarial registral a possibilidade de registro de documentos relacionados à união estável homoafetiva, conforme o artigo 1<sup>a</sup> do Provimento 6/2004 da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 17 de fevereiro de 2004, *in verbis*:

Art. 1º - Inclui-se o parágrafo único no artigo 215 da consolidação normativa notarial registral, com o seguinte teor:

Art. 215

(...)

Parágrafo único - As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação.

As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito.”

O Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, em 2005, viria a confirmar a supracitada sentença condenatória do INSS<sup>68</sup>, em ação civil pública, destacando a ocorrência de discriminação, as mudanças no conceito de amor e família, a aceitação mundial das uniões homossexuais, a antecipação do Judiciário ao Legislativo ante as transformações sociais e a compreensão da união como entidade familiar, conforme se depreende de trechos da ementa:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. [...] ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

**6.** A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. **8.** As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. **9.** A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. **10.** O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. **11.** Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial[...]

No entanto, a posição do Superior Tribunal de Justiça nesse momento era a de que as relações homossexuais eram meras sociedades de fato, de contornos econômicos e

---

68 TRF-4 - AC: 9347 RS 2000.71.00.009347-0, Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, Data de Julgamento: 27/07/2005, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/08/2005 PÁGINA: 809

dessemelhantes à união estável, ou casamento, determinando-se a competência das Varas Cíveis para julgar e processar eventuais litígios. Transcreve-se o aresto<sup>69</sup>:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido.

Não demorou mais de ano para que o Supremo Tribunal Federal se deparasse, novamente, com a questão da união homoafetiva. Dessa vez, a questão levantada foi diretamente o pedido de reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo enquanto entidades familiares. A Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo ingressaram com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>70</sup> atacando o art. 1º da Lei nº 9.278/96,<sup>71</sup> que regulamentava a União Estável prevista no § 3º do art. 226 da Constituição. Por ter sido a referida norma derogada pelo art. 1.723<sup>72</sup> do Código Civil de 2002, a ação direta foi inviabilizada. Mesmo assim, o Ministro Relator Celso de Mello destacou a alta relevância social e jurídico-constitucional da questão e a necessidade de se discutir o tema, proclamando a legitimidade ético-jurídica da necessidade de se atribuir estatuto de cidadania aos homossexuais, sinalizando a mudança de cunho protetiva que ocorria dentro da Suprema Corte, que talvez já nesse ano, se provocada através do remédio processual e do dispositivo legal adequado, poderia ter antecipado o reconhecimento da união

69 STJ - REsp: 502995 RN 2002/0174503-5, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 26/04/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/05/2005 p. 353

70 ADI 3300 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/02/2006, publicado em DJ 09/02/2006 PP-00006 RTJ VOL-00200-01 PP-00271 RDDP n. 37, 2006, p. 174-176 RCJ v. 20, n. 128, 2006, p. 53-60 RSJADV jul., 2007, p. 44-46

71 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

72 Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

estável homossexual. Colaciona-se trechos da ementa e da extensa e histórica decisão do Guardião da Constituição:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002) [...] NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF? DECISÃO: [...] Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar [...] que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas [...] relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.

No mesmo ano, 2006, o Tribunal de Justiça Gaúcho, fazendo jus a seu posicionamento avançado na questão homossexual, já proclamava a união homossexual como entidade familiar, permeada pelo afeto, e mais, garantia a adoção de crianças e adolescentes por parte de casais do mesmo sexo, ressaltando a qualidade saudável dos vínculos entre os adotandos e os adotantes homossexuais, conforme estudos científicos. Observe-se exemplo de julgado<sup>73</sup>:

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. **Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar.** Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a **qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar** em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta

73 TJRS, AC 70013801592, 7ªC. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006.

prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2006, já sinalizava seu entendimento de que as uniões homoafetivas eram análogas à união estável, ressaltando que o homossexual não é cidadão de segunda categoria<sup>74</sup>:

PROCESSO CIVIL E CIVIL [...] UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE [...] - A **relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável**, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. - O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.[...]

Analizados os julgados em nível nacional, dos Tribunais Superiores e dos Estados, merece atenção o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que será analisado no tópico seguinte.

## 2.5. A união homoafetiva e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Uma difícil relação

Não obstante as supracitadas decisões do TJRS, do STJ, e do STF, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, neste mesmo ano, não compartilhava dos avanços jurisprudenciais supracitados, pois não vislumbrava possibilidade jurídica de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar merecedora de proteção estatal. Atente-se ao posicionamento da época<sup>75</sup>:

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA.** INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR **IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.** LEGISLAÇÃO EM VIGOR QUE NÃO AMPARA TAL PRETENSÃO. ART. 226, § 3º, CF, LEI 9.278/96 E ART. 1.723 DO CC. NORMAS QUE EXPRESSAMENTE ESTABELECEM COMO UM DOS REQUISITOS AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL A DIVERSIDADE DE SEXOS. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. "O relacionamento homoafetivo entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3º do art. 226 da Carta Magna e o art. 1.723 do Código Civil somente

74 STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 238.715 - RS (1999/0104282-8) , Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 07/03/2006, T3 - TERCEIRA TURMA)

75 Apelação Cível. n. 2006.016597-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira

reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher."

No ano seguinte, 2007, o Tribunal de Justiça Barriga Verde, paradoxalmente, reconheceu a união homoafetiva para fins previdenciários, em contraste às decisões que seguiriam negando a condição de entidade familiar à união homossexual. Colaciona-se a ementa da decisão<sup>76</sup>:

Apelação cível em mandado de segurança - reexame necessário - união homoafetiva - reconhecimento para fins previdenciários - possibilidade - princípios constitucionais - interpretação sistemática - precedentes - apelo e reexame necessário inacolhidos. Em face de lacuna legislativa, cabe ao Judiciário oferecer proteção jurídica às situações oriundas de união homoafetiva, através de uma interpretação sistemática, com fundamento nos princípios da dignidade humana, igualdade e repúdio a discriminação.

No ano de 2008, o Tribunal de Justiça Catarinense viria, sucessivamente, a rejeitar a incidência do Direito de Família nas relações homoafetivas, vistas, ainda, como meras sociedades de fato, de competência das Varas Cíveis, em apego à decisão de 2005 do STJ. Nesse sentido, as seguintes decisões:

Processual civil. Competência. Ação declaratória de reconhecimento de união estável homo-afetiva. Competência das varas cíveis. Orientação fixada pelo superior tribunal de justiça. Recurso provido. "A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações"(REsp. 502995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves).<sup>77</sup>

Direito civil. Agravo retido (art. 523 do CPC). [...] . Relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo. Ação declaratória de reconhecimento de sociedade de fato e meação de bens. Juízo singular que reconheceu a união estável e dividiu o patrimônio comum. Decisão ultra petita. Nulidade parcial da sentença no que tange ao acolhimento do pleito para perfilar a existência de união estável. Ausência de previsão legal nesse sentido. Divisão de bens. Sociedade de fato configurada. Incidência das normas do direito civil comum.[...]<sup>78</sup>

Direito civil. Ação declaratória e dissolução de sociedade de fato e meação de bens. Pretensão inescindível de reconhecimento de união estável. [...]Relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo objetivando o reconhecimento de união estável, bem como a divisão do patrimônio comum. Impossibilidade de acolhimento do primeiro pleito ante a falta de previsão legal nesse sentido. Diversidade de sexos como um dos requisitos essenciais para a caracterização da união estável. Exegese dos artigos 226, § 3º, da CF/88 e 1.723 do código civil. Reconhecimento da carência de ação ante a impossibilidade jurídica do pedido. Extinção ex officio do processo sem julgamento do mérito em relação a este pedido. Exegese do artigo 267, VI, do CPC. Incidência das normas do direito civil comum. Equiparação à sociedade de fato. [...]Sentença anulada. Retorno dos autos à origem para processamento do feito

76 TJSC, AC 2007.021488-2, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 07/08/2007.

77 TJSC, AI 2006.041589-0, 2ª C. Cív., Rel. Des. Newton Janke, j. 18/01/2008.

78 TJSC, AC 2006.046480-0, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 21/08/2008

por uma das varas cíveis. Recurso desprovido. [...] <sup>79</sup>

O posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nessa época, era até mesmo mais restritivo e conservador, não reconhecendo, inclusive, direitos previdenciários a companheiros homossexuais:

ENTIDADE FAMILIAR. UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. RECONHECIMENTO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DEPENDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA. PENSÃO POR MORTE. IMPOSSIBILIDADE. - A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art.226. - A consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual.<sup>80</sup>

Em setembro de 2008, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido da ausência de impossibilidade jurídica do pedido da declaração de união estável homossexual, ante a inexistência de vedação no ordenamento jurídico pátrio, orientando os juízes a fazer uso da analogia para não se eximirem da prestação jurisdicional. Veja-se o inovador acórdão de relatoria do Min. Antônio de Pádua Ribeiro<sup>81</sup>:

Processo civil. Ação declaratória de **união homoafetiva**. [...] Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do código civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. [...] 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, **não existe vedação legal** para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, **sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal.** Contudo, assim não procedeu. [...] 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, **a integração mediante o uso da analogia**, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido.

Houve então, em outubro de 2008, uma aparente mudança no entendimento do Tribunal de Santa Catarina, consignado em um conflito de competência<sup>82</sup> que, finalmente,

79 TJSC, AC 2007.036284-6, 3ª C. Dir. Civ., Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, p. 29/08/2008.

80 TJ-MG 107020418212330011 MG 1.0702.04.182123-3/001(1), Relator: ERNANE FIDÉLIS, Data de Julgamento: 08/04/2008, Data de Publicação: 29/05/2008

81 STJ, REsp 820.475/RJ, 4ª T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 02/09/2008.

82 TJSC, Conf. Comp. 2008.030289-8, 3ª C. Civ., Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 20/10/2008.



determinou a competência das Varas de Família, compreendendo as uniões homossexuais como entidades familiares centradas no afeto:

Conflito Negativo de Competência. 1. Ação nominada de sociedade de fato. Irrelevância. Fundamento da pretensão centrado na união homoafetiva. Pleito de meação. 2. **Entidade familiar. Relação fundada na afetividade.** 3. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. 4. Possível analogia com a união estável. 5. Competência da vara da família. Acolhimento do conflito.[...] 5. Reconhecida a **união homoafetiva como entidade familiar, centrada que é no afeto, a ela é possível atribuir, por analogia, e dependendo da prova, os reflexos jurídicos compatíveis da união estável heterossexual**, cenário que faz chamar a competência da vara especializada de família.

É necessário destacar que no mesmo julgamento há voto de divergência veemente do Exmo. Des. Marcus Tulio Sartorato, consoante trecho que se colaciona:

[...]Faz-se necessário esclarecer, por conseguinte, que a Carta Magna, bem como a legislação infraconstitucional, considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos relacionamentos eventualmente havido entre pessoas do mesmo sexo.[...]consoante o ordenamento jurídico brasileiro, repise-se, inviável é o reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar, ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Há de se destacar que, durante o ano de 2010, há registros na Jurisprudência do Tribunal Catarinense que negam o avanço da decisão supracitada. Elas não reconhecem a União Homossexual como entidade familiar, ante a inexistência da diversidade de sexos considerado elemento fundamental de existência da união estável, e, caracterizando-as como sociedades de fato sob a incidência do direito civil comum obrigacional, relegam-nas à competência das Varas Cíveis. Nesse sentido, cita-se exemplo:

Direito civil. Ação de dissolução de sociedade de fato e meação de bem. Relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo. **Demanda que objetiva o reconhecimento de união estável, bem como a divisão do patrimônio comum. Impossibilidade de acolhimento do pleito de reconhecimento de união estável ante a falta de previsão legal nesse sentido. Diversidade de sexos como um dos requisitos essenciais para a caracterização da união estável. Exegese dos artigos 226, § 3º, da CF/88 e 1.723 do Código Civil. Incidência das normas do direito civil comum.** Equiparação à sociedade de fato. [...] Competência da vara cível para processamento do feito. Decisão reformada. Recurso provido.<sup>83</sup>

Ainda, tratando as uniões homossexuais como meras parcerias civis e não como entidades familiares, destaca-se a seguinte decisão<sup>84</sup>:

Agravo De Instrumento. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha de bens. **União homoafetiva.** Divisão do patrimônio comum. Competência para processar e julgar. Vara Cível. Direito das obrigações. Recurso provido.[...] Ausente regra jurídica expressa definidora do juízo responsável

83 TJSC, AG 339953, Rel. Marcus Tulio Sartorato, j. 09/02/2010

84 TJSC, AI 2009.048923-4, 3ª C. Dir. Civ., Rel. Des. Fernando Carioni, j. 22/02/2010.

concretamente para conhecer relação jurídica controvertida decorrente de união entre pessoas do mesmo sexo, resta constatada a existência de lacuna do direito [...] 5. Os institutos erigidos pelo legislador à condição de entidade familiar têm como elemento estrutural **requisito de existência, portanto, a dualidade de sexos**. 6. **As entidades familiares**, decorram de casamento ou de união estável ou se constituam em famílias monoparentais, **têm como requisito de existência a diversidade de sexos**. Logo, entre tais institutos, que se baseiam em união heterossexual, e as uniões homossexuais sobreleva profunda e fundamental diferença. A distinção existente quanto a elementos estruturais afasta a possibilidade de integração analógica que possibilite regulamentar a união homossexual com base em normas que integram o direito de família. 7. **As uniões homossexuais, considerando os requisitos de existência que a caracterizam e que permitem identificá-las como parcerias civis, guardam similaridade com as sociedades de fato**. [...]. 8. Entre parcerias civis e entidades familiares há fator de diferenciação que, em atenção ao princípio da igualdade substancial, torna constitucional, legal e legítima a definição do juízo cível como competente para processar e julgar demandas relativas a uniões homossexuais, que sujeitas estão ao conjunto das normas que integram o direito das obrigações"[...]

Pode-se argumentar que as decisões assim foram fundamentadas em razão de os pedidos submetidos à Corte terem sido, especificamente, de dissolução de sociedade fato. No entanto, também pode-se vislumbrar na análise das decisões uma certa recalcitrância conservadora, ante a conjuntura social e jurisprudencial nacional da época, que logo viria a consolidar de vez por todas a união estável homoafetiva. Além disso, as referidas decisões ignoraram sumariamente o conflito de competência supracitado de 2008, do mesmo Tribunal, que já havia declarado a competência das Varas de Família e o caráter de entidade familiar da união homossexual, configurando-se um verdadeiro retrocesso à época de suas prolações. Esse posicionamento retrógrado seria informado pelo Tribunal de Justiça catarinense ao Supremo Tribunal Federal, no próximo ano, como sua postura majoritária e oficial.

## 2.6. As decisões do STF e STJ de 2011 que alteraram a história da Igualdade no Brasil

O seguinte ano, 2011, foi o ano de maior destaque no debate acerca da questão das uniões homossexuais nas Cortes Superiores brasileiras, as quais, finalmente, analisaram a situação dos casais homossexuais perante o ordenamento jurídico pátrio, nos planos constitucionais e no plano infraconstitucional das leis federais.

A previsão do Ministro do STF, Celso de Mello, em 2006, de que a matéria das uniões

homoafetivas deveria ser veiculada por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), cumpriu-se com o julgamento conjunto, entre os dias 04 e 05 de maio de 2011, da ADPF n. 132-RJ, proposta, em 25 de Fevereiro de 2008, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, e da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 4277-DF, proposta, em 02 de Julho de 2009, pela Procuradoria Geral da República (Ministério Público Federal). O julgamento tomou contornos de proporções histórico-épicas envolvendo todo o país, tendo como palco o plenário do Pretório Excelso, sob a Relatoria do Min. Ayres Britto.

A ADPF n.132, ajuizada pelo Governo do Rio de Janeiro, na pessoa de seu governador representando a sociedade fluminense, à época Sérgio Cabral Filho, postulava pela aplicação do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas dos servidores públicos civis daquele Estado, especialmente no que tange à concessão de benefícios previdenciários, licença por motivo de doença de familiar ou para acompanhamento do cônjuge, e questões de assistência social. Levantou-se na inicial os princípios da Igualdade, Liberdade, Dignidade da Pessoa Humana, Segurança Jurídica, e Razoabilidade ou proporcionalidade. Pugnava pela aplicação do método de integração analógico do Direito para equiparar as uniões homoafetivas às heterossexuais, em uma interpretação conforme a Constituição dos artigos atacados do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Rio de Janeiro, bem como ao artigo 1.723 do Código Civil de 2000, no caso de recebimento da inicial como Ação Direta de Inconstitucionalidade, na hipótese de não cabimento da ADPF.

A ADI n. 4277, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, objetivando a declaração do Supremo Tribunal Federal de que “a) é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição de união estável entre homem e mulher” e; “b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis, estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo” fls. 623/624. Os princípios levantados foram os mesmos da ADPF, somando-se o princípio da “vedação à discriminações odiosas”. A interpretação do art. 226, §3º, da Constituição Federal deveria se dar analogicamente. Assim se fundiram os pedidos e argumentos das duas ações, motivo pelo qual foram julgadas conjuntamente, conforme a regra da prevenção e do julgamento simultâneo de causas em que se coincidam total ou parcialmente os objetos.

A ação foi conhecida como ADI, pelo presidente do STF à época Gilmar Mendes, e delimitado como seu objeto a “interpretação conforme a Constituição” do art. 1.723 do

Código Civil de 2002, relativo ao reconhecimento como entidade familiar da união estável.

Foram solicitadas informações a todos os Tribunais de Justiça dos Estados da federação, ao Governador e Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Não se pode deixar de relatar que, dentre os Tribunais que prestaram as informações acerca de suas posições majoritárias, os favoráveis à equiparação da união estável homoafetiva à heterossexual foram: Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná. Os Tribunais contrários foram: Distrito Federal e **Santa Catarina** que noticiou “as uniões homoafetivas (entendidas como 'parcerias civis') são ali regidas pelo direito das obrigações (sociedades de fato), situando-se, portanto, na esfera de competência das varas cíveis comuns e não das varas de família”. O Tribunal baiano se manifestou pelo não cabimento de ADPF, e os Tribunais de Justiça de Tocantins, Sergipe, Pará e Roraima esclareceram que inexistiam processos relativos à união homoafetivas em suas jurisdições.

A Advocacia-Geral da União, representando a Presidência da República (Luís Inácio Lula da Silva), informou ser favorável, assim como a Procuradoria-Geral da República. A Presidência do Senado (José Sarney) concluiu informando “*devendo a união homoafetiva, enquanto não dispuser o legislador a fixá-la como entidade própria, distinta da familiar, ainda que objeto de igual proteção do Estado, continuar recebendo tratamento analógico aplicável a cada caso concreto, até onde exista identidade de matéria, com a união estável heterossexual.*”. A presidência da Câmara dos Deputados (Michel Temer) pronunciou-se dizendo não ter nada a informar, apontando o parágrafo 3º, do art. 103, da CF/88, dando a entender serem as informações de competência do Advogado Geral da União.

Quinze entidades representativas da sociedade civil pediram ingresso na condição de *amici curiae*, e foram devidamente consultadas pelos Ministros<sup>85</sup>, com vistas a dar maior legitimidade democrática a uma decisão de tamanha relevância jurídico-social. Destaca-se a importante presença do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), representado por sua Vice-Presidente Desembargadora Maria Berenice Dias (prolífica e pioneira doutrinadora do Direito Homoafetivo), da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e

---

85 Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Grupo Gay da Bahia (GGB), Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais (GEDI – UFMG), Associação de Travestis e Transsexuais de Minas Gerais (ASSTRAV), Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual (CELLOS), Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais (Centro de Referência GLBT), Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais (EDH), Associação Eduardo Banks e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Transgêneros (ABGLT), da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), representando a Igreja Católica no Brasil. Com exceção desta e da Associação Eduardo Banks, que foram duramente contrárias à configuração da união homossexual como entidade familiar equiparada às uniões heterossexuais, todos os outros *amici curiae* defenderam, com extensa e densa fundamentação, a tese dos autores das ações constitucionais (PGR e Governo do Rio de Janeiro).

Os argumentos contrários levantados poderiam se resumir, segundo Letícia França Corrêa<sup>86</sup> em:

- a. O art. 1723 do Código Civil por ser reprodução literal do disposto no art. 226, §§ 3º e 5º da Constituição não pode ser contrário à mesma;
- b. A restrição ao reconhecimento do casamento e da união estável, em face do princípio da igualdade, é exceção emanada pelo poder constituinte originário e é perfeitamente admissível no ordenamento jurídico.
- c. É desejável a restrição porque a sociedade não pode se constituir com base em uma família diferente da constituída entre pessoas de sexos diferentes; e
- d. A Constituição determinou *numerus clausus* as hipóteses nas quais permite a formação de uma entidade familiar.

Assim, após todas as consultas referidas, na presença do Procurador Geral da República, Roberto Gurgel, representante do Ministério Público, do Advogado Geral da União, Luís Inácio Adams, representando os Três Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), e dos outros nove Ministros do STF que participaram do julgamento<sup>87</sup>, o Relator Ministro Carlos Ayres Britto, dando início ao julgamento da ADI n. 4277/DF,<sup>88</sup> proferiu seu voto pela procedência. Já de início afirmou:

Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, ressaltou a inexistência de vedação às Uniões

86 CORRÊA, Letícia, RIBAS VIEIRA, José. **A figura do amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2012/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf)>. Acesso em 11.jun.2013.

87 Antonio Cezar Peluso, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Gilmar Ferreira Mendes (Presidente à época), José Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Ellen Gracie Northfleet, Joaquim Benedito Barbosa Gomes, Enrique Ricardo Lewandowski e Luiz Fux .

88 STF - ADI: 4277 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

## Homoafetivas no Direito brasileiro:

Não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.

Tratando acerca das questões religiosas ou morais que circundam a questão, ponderou, em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, sob o prisma da liberdade religiosa e a laicidade do Estado:

É incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

O Ministro Celso de Mello ponderou princípios constitucionais envolvidos na questão que legitimam o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares:

A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

E, acerca da polêmica da alegação de ativismo judicial, em que o Judiciário estaria usurpando competências do Legislativo, fazendo as vezes de Legislador, bem respondeu o eminente Ministro:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Ao fim da votação, todos os dez ministros votantes, em uma histórica e unânime

atuação garantista, apesar de pontuais divergências, julgaram procedentes as duas ações constitucionais, equiparando-se, assim a união estável homoafetiva à heterossexual, com as mesmas regras e consequências, enquanto verdadeira entidade familiar merecedora de proteção jurídico-estatal, fruto de interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil brasileiro de 2002.<sup>89</sup> A decisão foi proferida com efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. Impende destacar que o julgamento foi extremamente democrático, bem debatido e fundamentado, ouvindo-se variados setores da sociedade, bem como os Poderes da República. Essa importante decisão abriu as portas e lançou bases firmes para a extensão do direito ao casamento homoafetivo, que em breve seria garantido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que na Justiça de primeiro grau, em decorrência do julgamento da ADI nº 4.277-DF pelo Supremo Tribunal Federal, desenvolveu-se uma curiosa e interessante argumentação: se o instituto da união estável fora estendido aos casais homossexuais e

---

89 Ementa resumida: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. (...) LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. (...) Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. (...) A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. (...). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. (...) DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. (...). (STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011).

reconhecida como entidade familiar pelo STF, e, o art. 226, §3º *in fine*, da Constituição<sup>90</sup>, bem como o art. 1.726 Código Civil<sup>91</sup>, trazem a possibilidade de pedido ao juiz de conversão da união estável em casamento, por que os casais homossexuais não poderiam pleitear por essa conversão, e logo casar? Essa fundamentação apareceu na primeira sentença homologatória de pedido de conversão de união estável em casamento homoafetivo no país<sup>92</sup>, proferida em 27/05/2011, menos de um mês após a decisão do STF, pelo Juiz Fernando Henrique da 2ª Vara da Família e das Sucessões de Jacareí-SP, o qual julgou procedente o pedido utilizando-se dos dispositivos legais supramencionados somados de princípios constitucionais (igualdade, vedação à discriminação por sexo, etc.) e de Direitos Humanos, amparado pela argumentação do STF. O Ministério Público ofertou parecer favorável. Acrescentou o magistrado em contraponto à conservadora finalidade sexual procriativa do casamento: “*Ocorre que o motivo maior de uma **união humana** é – ou deveria ser– o Amor, até por que este é pregado pela maioria das religiões, principalmente as cristãs, como o valor e a virtude máxima e fundamental.*”

O Casal formado pelo comerciante Luiz André Rezende Moresi e o cabeleireiro José Sergio Sousa, ativistas do movimento *gay*, já viviam em união estável há 8 anos, em 17/05/2011, quando lavrada sua escritura pública de união estável, apenas 12 dias após a decisão da Corte Constitucional. Assim, em 27/06/2011, tornaram-se os primeiros brasileiros *gays* oficialmente casados, retirando a certidão de casamento no dia seguinte – Dia Mundial do Orgulho LGBT.<sup>93</sup> No dia seguinte, também foi deferida a conversão da união estável em casamento de duas mulheres no Distrito Federal, primeiro casal de lésbicas oficialmente casadas no Brasil, tendo o patrocínio de Maria Berenice Dias como a advogada da causa.<sup>94</sup>

Impende-se destacar que, após 17 dias, foi deferido o primeiro casamento homoafetivo em Santa Catarina<sup>95</sup>, também na forma da conversão da união estável, surpreendentemente e

---

90 § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.**

91 Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

92 TJSP, Protocolo nº 1209/2011, Juiz de Direito Fernando Henrique Pinto, j. 27/06/2011.

93 Conforme noticiaram o portal de notícias UOL e o Jornal Estado de São Paulo, nos artigos jornalísticos “**Primeiro casamento civil gay do Brasil acontece hoje em Jacareí**”, de autoria de Rodrigo Machado, disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/06/28/primeiro-casamento-civil-gay-do-brasil-acontece-hoje-em-jacarei-sp.htm>> e o artigo “**Primeiro casamento gay é registrado no Brasil**”, de autoria de Gerson Machado, disponível em:<<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,primeiro-casamento-gay-e-registrado-no-brasil,737661,0.htm>>. Ambos artigos foram acessados em 11. jun.2013.

94 TJDF, Proc. nº 101695-7/2011, Juíza de Direito Sub. Junia de Souza Antunes, j. 28/06/2011.

95 TJSC, Autos nº 033.11.010261-7, Juiz de Direito Roberto Ramos Alvim, j. 15/07/2011.



de forma revolucionária, ocorrido entre a Juíza titular da 1ª Vara Criminal de Itajaí, Sônia Maria Mazzetto Moroso Terres, primeira juíza brasileira a se assumir como lésbica, e a servidora pública municipal Lilian Regina Terres Moroso.<sup>96</sup> Talvez esse fato tenha servido de lição histórica de progresso ao respeitável colegiado de desembargadores do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, no mesmo ano, havia declarado à Corte Constitucional sua posição oficial contrária à união estável homoafetiva, e, agora, assistia a alegre celebração do casamento civil de uma lésbica membro do seu corpo de magistrados.

Em 20 de julho de 2011, a Juíza Adriana Nolasco da Silva, da 1ª Vara de Cajamar - SP, proferiu a primeira autorização<sup>97</sup> para casamento civil homoafetivo **direto** no Brasil, em vez de se exigir prévia união estável para conversão. Permitiu-se a habilitação ao casamento de dois homossexuais, Wesley Silva de Oliveira e Fernando Junior Isidório de Oliveira, sentença fundamentada no art. 226, §3º *in fine*, da Constituição, nos julgados supracitados do STF, e no cumprimento por parte dos requerentes dos requisitos do art. 1.525 do Código Civil e art. 67 da Lei de Registros Públicos<sup>98</sup>. O parecer ministerial foi favorável. Outras comarcas, em seguida, procederam da mesma forma.

No mês de outubro do mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça, Guardião e Intérprete da legislação federal infraconstitucional foi provocado, no Recurso Especial n. 1.183.378 – RS, acerca da possibilidade de habilitação de casais homossexuais ao casamento civil. A ação foi movida por duas mulheres gaúchas que conviviam em união estável há cinco anos, à época do julgamento da Corte Superior, que pediram habilitação ao casamento junto a dois cartórios de Registro Civil de Porto Alegre-RS, obtendo a negativa dos titulares. Ajuizaram, então, em 25/03/2009, o pedido de habilitação perante a Vara de Registros

---

96 \_\_\_\_\_ Conforme informações da Revista Consultor Jurídico, de 19 de julho de 2011, na notícia intitulada de "Juíza de Santa Catarina se casa com uma mulher". Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-19/juiza-santa-catarina-assume-homossexualismo-casa>>. Acesso em 11.jun.2013.

97 Conforme sentença da decisão nos Autos nº 343/2011 da 1ª Vara do Foro Distrital de Cajamar-SP, Juíza Adriana Nolasco da Silva, j. Em 20.jul.2011. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2788038/leia-a-integra-da-decisao-judicial-de-cajamar-que-autorizou-o-casamento-direto-homossexual>>. Acesso em 11.jun.2013.

98 Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos: I - certidão de nascimento ou documento equivalente; II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra; III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar; IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

LRP, Art. 67. Na habilitação para o casamento, os interessados, apresentando os documentos exigidos pela lei civil, requererão ao oficial do registro do distrito de residência de um dos nubentes, que lhes expeça certidão de que se acham habilitados para se casarem.

Públicos competente, alegando a inexistência de impedimento no ordenamento jurídico para o casamento de pessoas do mesmo sexo. A sentença de 1º grau<sup>99</sup> entendeu que, sob a ótica do código civil de 2002, o casamento somente seria possível entre homem e mulher, em parca fundamentação de uma decisão de 03 fls. Basicamente o único argumento do magistrado foi:

O casamento [...] está disciplinado pelo novel Código Civil, que, em momento qualquer, possibilita a interpretação de que seja possível a realização do matrimônio de pessoas do mesmo sexo. Ao contrário, é expresso em referir que o casamento se realiza entre homem e mulher (sexos masculino e feminino).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, surpreendentemente, atuou de maneira mais conservadora que seu histórico de vanguarda na defesa dos direitos homoafetivos, mantendo a sentença de primeiro grau, decisão unânime<sup>100</sup> de 2009, com acórdão também bem sucinto. Colaciona-se a ementa resumida:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER. Ao contrário da legislação de alguns países, [...] o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, [...] não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes. Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, [...] legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher. Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma[...]

Irresignadas, as autoras interpuseram Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça ( n. 1.183.378 – RS) alegando ofensa ao artigo 1.521 do Código Civil de 2002<sup>101</sup>, relativo aos impedimentos ao casamento, sustentando que o dispositivo legal não previa a identidade de sexos como fator impeditivo, e, alegaram, ademais, que no Direito Privado vige a regra segundo a qual é permitido o que não é expressamente proibido. O Ministério Público

99 Processo nº: 001/1.09.0088291-7. Sentença nº 2009/1169150 Juiz de Direito - Antonio C. A. Nascimento e Silva. Data: 20/04/2009.

100 Número do Processo: 70030975098 Comarca: Tribunal de Justiça Órgão Julgador: TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 7. CAMARA CIVEL Relator: DES JOSE CONRADO KURTZ DE SOUZA. J. em 30 de setembro de 2009.

101 Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Federal emitiu parecer desfavorável. Assim, sob a Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o Recurso Especial foi a julgamento, no dia 25 de Outubro de 2011. O Relator deu histórico provimento ao recurso em denso e bem fundamentado voto (19 fls.). É importante abordar os principais pontos do voto do relator, eis que é a fundamentação principal do julgado<sup>102</sup>.

Acerca do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e o papel do STJ:

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.

O Ministro não achou pertinente analisar contornos éticos, morais e religiosos da questão:

Com efeito, a concepção de casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou antropológico, evidentemente, não serão objetos de exame no caso em julgamento.

Em relação aos óbices levantados com uso legal das palavras “homem e mulher”:

Ressalto que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 226, § 3º, foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada "união homoafetiva".

[...]

interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, §3º, CF/88, que faz expressa referência a "homem e mulher", é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, § 1º).

O Ministro discorreu sobre os precedentes do STF, considerando a união homoafetiva como verdadeira entidade familiar, merecedora de proteção estatal, e o atual conceito constitucional de família e casamento:

[...] o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002, interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", "entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'". [...] é fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade. [...] Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado

102 STJ, REsp n. 1.183.378 /RS. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA).

"família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". [...] em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, **exemplificadamente**, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado. [...] Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. [...] o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.[...]O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil.

Tratou-se da inviolabilidade da sexualidade enquanto aspecto da intimidade e vida privada:

[...]De mais a mais, a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes, exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como "asilo inviolável".

Sobre a aplicação do princípio da Isonomia: *“De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias.”*

Abordou-se o princípio do livre planejamento familiar: *“[...] o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.”*

O Ministro Relator procedeu à interpretação dos artigos do Código Civil, relativos ao casamento civil, com base em diversos constitucionais, ressaltando a inexistência de vedação ao casamento homoafetivo:

[...]tenho que a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002 [...] não é a mais acertada. Os [...] dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.[...]o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a

própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º).

Atacando as alegações de ativismo judicial, o Ministro ressaltou a inércia do Legislativo e a legitimidade democrática do Poder Judiciário que deve exercer papel contramajoritário em defesa dos “socialmente vulneráveis”:

Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.[...]enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

Os ministros Antonio Carlos Ferreira e Isabel Gallotti votaram com o relator na sessão do dia 20/10/2011, concordando com sua fundamentação. O Ministro catarinense Marco Aurélio Gastaldi Buzzi pediu vista dos autos, interrompendo o julgamento até o dia 25/10/2011, e suscitou a questão de ordem de transferência do Julgamento para a Segunda Seção do STJ, que reúne as duas turmas de Direito Privado, para uniformização jurisprudencial a evitar futuras divergências. Em apoio, o Min. Raul Araújo destacou o impacto da decisão na vida íntima de elevado número de pessoas e sua preocupação com a segurança jurídica. A proposta foi rejeitada pelos outros três ministros. O ministro Raul Araújo, também havia acompanhado o relator na primeira sessão, porém, retificou seu voto, isso, pois, segundo o Ministro, o caso envolveria interpretação da Constituição Federal e, portanto, seria de competência do STF. Para ele, a equiparação jurídica entre a união homoafetiva e a união estável entre homem e mulher, da forma como já decidido pelo STF, não alcançou o instituto do casamento. Por essa razão, ele não conheceu do recurso e ficou vencido. O Min. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, último a votar, proferiu voto no mesmo sentido do relator Min. Luiz Felipe Salomão. Assim, por 4 votos a 1, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Resp n.1.183.378 – RS, reconheceu a possibilidade de habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento civil, garantindo de vez por todas o direito ao casamento homoafetivo no Brasil.

As históricas e bem debatidas decisões do STF e do STJ, acabaram por gerar um grande consenso por parte dos Tribunais de Justiça dos Estados do reconhecimento da união

estável e casamento homoafetivo, tanto que, a partir da decisão do STJ, muitas Corregedorias Gerais de Justiça dos Tribunais estaduais, no uso de suas atribuições, começaram a editar uma onda de provimentos<sup>103</sup>, os quais determinaram aos Cartórios, Serventias extrajudiciais, de Registro Civil, que procedessem à habilitação de casais do mesmo sexo ao casamento, ou que registrassem a documentação relativa à união estável, bem como a conversão desta em casamento. Muitos desses provimentos foram provocados por iniciativa de grupos e movimentos dos Direitos Homossexuais. Assim nasceu, no Brasil, o casamento civil homoafetivo direto, sem necessidade de prévia união estável documentada ou de socorro ao Judiciário, pois os direitos dos nubentes já estavam claramente consolidados e regulamentados.

Em 14 de maio de 2013, visando dar efetividade às decisões do STF e do STJ, o Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições constitucionais (art. 103-B, § 4º, I, da CRFB/88<sup>104</sup>), e por iniciativa de seu presidente, e chefe do Poder Judiciário brasileiro na presidência da Suprema Corte, Ministro Joaquim Barbosa, garantiu e pacificou de uma vez por todas o direito ao casamento homoafetivo no país, com a edição da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013 que obriga as autoridades cartorárias a proceder a habilitação de casais homossexuais ao casamento civil, sendo a recusa passível de providência do Juiz Corregedor. A histórica e garantista resolução, definitivamente garantiu ou legalizou (i.e. legalidade em sentido amplo<sup>105</sup>, por tratar-se de ato regulamentar de competência do CNJ, com base constitucional) o casamento homoafetivo no Brasil. Transcreve-se os artigos da resolução:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de

103 Provimento CGJ 40/2011- TJ de Alagoas, Provimento CGJ 06/2011 de Sergipe, Ofício Circular 059/2013 CGJ do Espírito Santo, Provimento 12/2012 CGJ Bahia, Provimento 24/2012 CGJ Piauí, Provimento CGJ 41/2012 SP, Provimento 80/2013 CGJ MS, Instrução Normativa CGJ 02/2013 Paraná, Provimento 25/2013 CGJ RJ, Provimento 08/2013 CGJ RO, Provimento 06/2013 CGJ PB, **Circular 05/2013 Santa Catarina (29 de abril de 2013)**, último estado a dar provimento antes da Resolução n. 175 CNJ, por provocação da OAB.

104 Parágrafo 4º, do Art. 103 -B, da Constituição :Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir **atos regulamentares**, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

105 Conforme lição da Professora e Doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro à Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que se transcreve: *“Quando se discute legalidade — princípio a que a Administração Pública se sujeita — é admissível o exame das decisões administrativas pelo Judiciário. Só que o conceito de legalidade evoluiu de uma legalidade em sentido estrito (significando obediência à lei, em sentido formal) para uma legalidade em sentido amplo (que abrange os atos normativos do próprio Poder Executivo, bem como os princípios e valores inseridos na Constituição, de forma implícita ou explícita). É uma legalidade que leva em conta o conteúdo material, o conteúdo de justiça da lei”*. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1462.pdf>>. Acesso em 24. jun. 2013.

mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Apesar de grande celeuma de setores conservadores e religiosos, que discutem a validade ou legitimidade da Resolução, e, articulam forças políticas contrárias aos direitos homossexuais, pode-se dizer, com elevado grau de firmeza, que, no dia 14 de maio de 2013, a Justiça brasileira instituiu o casamento homoafetivo, igualando os cidadãos de sexualidade minoritária aos heterossexuais, desempenhando o papel que o Congresso Nacional não teve vontade ou coragem de fazer. A ANOREG (Associação dos Notários e Registradores do Brasil) estima que, no ano de 2012, ao menos 1.277 uniões homossexuais foram registradas em 13 capitais brasileiras. 106

A análise jurisprudencial efetuada reveste-se de grande valia para a compreensão da temática do casamento homoafetivo no Brasil. Vimos que a união homossexual era inicialmente compreendida pelos Tribunais como mera sociedade de fato ou “parceria civil”, de reflexos meramente patrimoniais. Observa-se que as primeiras mudanças ocorreriam, de forma peculiar, nas avenças de casais homossexuais nas searas Administrativa e Previdenciária. Destacou-se a sensibilidade e o avanço do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que já em 1999, declarava a incidência do Direito de Família visto tratar-se de relações permeadas pelo afeto.

Importante consideração é que se constatou que as relações homoafetivas já tinham batido às portas do STF em 2003 no qual repudiou-se a discriminação. Assim não se pode alegar que, em 2011, as decisões foram precipitadas ou a opinião das Cortes ainda não estava madura.

Infelizmente, a história jurisprudencial mostrou a recalcitrância e o atraso da opinião do egrégio Tribunal de Justiça Catarinense acerca da união homoafetiva, o qual, ainda, em 2010, relegava as “parcerias civis” à competência das Varas Cíveis. O mesmo tribunal seria um dos dois tribunais que se posicionaria contrário à equiparação igualitária das uniões homo com as heteroafetivas perante a Suprema Corte. A Corregedoria Geral do TJSC foi a última a editar o provimento permissivo do casamento igualitário antes da resolução do CNJ.

---

106 Dados informados pela ANOREG ao sítio do portal G1, na notícia intitulada “**Em um ano, 13 capitais registram ao menos 1.200 uniões homossexuais**”, de autoria de Rosanne D'Agostino, disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/05/em-um-ano-13-capitais-registram-ao-menos-1200-unioes-homossexuais.html>>. Acesso em 24. jun.2013

Destacou-se a importância e as proporções do julgamento da ADI nº 4.277-DF pelo Supremo Tribunal Federal, uma decisão densa e bem fundamentada que se constituiu em verdadeira lição doutrinária de grande qualidade acerca dos direitos homossexuais. Decisão esta, também, indubitavelmente democrática, visto que consultou todos poderes da República, os Tribunais de Justiça e ouviu muitos setores da sociedade civil como *amici curiae*.

O referido julgamento lançou as bases da decisão superveniente do Superior Tribunal de Justiça, a qual chancelou o instituto do casamento homoafetivo que já vinha ocorrendo no Brasil, por meio da curiosa figura da conversão da união estável. Assistiu-se ao fenômeno da “onda de provimentos” das Corregedorias dos Tribunais que culminou com a palavra final do CNJ, através da resolução n. 175, a qual legalizou ou garantiu de vez por todas o casamento homoafetivo no Brasil, grande conquista histórica de prevalência dos direitos civis e humanos de Igualdade e Liberdade dos cidadãos homossexuais, agora juridicamente iguais aos casais heteroafetivos, emergindo-se na história brasileira uma verdadeira nova entidade familiar, mais “colorida”.

### **3 O DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO**

#### **3.1 As mudanças no conceito de Família e a nova entidade familiar Homoafetiva**

A sociedade passa por mudanças histórico culturais, e, o Direito deve acompanhá-las para manter sua efetividade. A partir da Constituição de 1988 todo o ordenamento jurídico brasileiro passou por uma renovação de interpretações e conceitos que deveriam ser vistos sob a nova ótica dos princípios da Constituição Cidadã. Desde 1988 a sociedade passou por grandes mudanças e o Judiciário passou a extrair e a esmiuçar, a partir dos princípios da Lei Maior, as regras que deveriam vigor na sociedade pós-moderna. Essa nova onda interpretativa, este novo norte, alcançou todos os ramos do Direito e com o Direito de Família



não poderia ser diferente.

A Lei Maior considera a família como base da sociedade e digna de especial proteção do Estado, dispondo sobre a matéria especialmente no artigo 226 e seus parágrafos<sup>107</sup>. O próprio conceito de família, e de filiação, deveria ser visto de forma mais atualizada para que o Direito pudesse acompanhar as transformações sociais e se adequasse à nova realidade histórica da sociedade brasileira, redemocratizada, complexa e pluralista. Nesse sentido, explica Patrícia M. A. Rodrigues<sup>108</sup>:

[...]percebe-se que a Constituição Federal de 1988 logrou êxito ao enxergar esta nova realidade. Formada por pessoas dotadas de anseios, necessidades e ideais que se alteram, significativamente, no transcorrer dos tempos, mas com um sentimento comum, a família deve ser compreendida como um ponto de referência comum na sociedade. Pode-se dizer que a Constituição promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, estabelecendo como base a afirmação da cidadania como seu elemento propulsor. Assim, dessa supremacia normativa constitucional, surge a necessidade de releitura dos conceitos e institutos jurídicos clássicos, como, por exemplo, o casamento e a filiação. Percebe-se, portanto, que o Direito Constitucional afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente [...] para engendrar-se nas necessidades humanas reais e concretas, ao cuidar, de direitos individuais e sociais, como, exemplifica-se, nos artigos 226 e 227, onde se disciplina a organização da família, sendo esta reconhecida até mesmo como nova teoria constitucional.

A antiga concepção de família, estritamente patrimonialista, de traços economicistas, voltada à procriação e criação dos filhos em um ambiente em que apenas gozava de legitimidade o “matrimônio”, enquanto figura sacralizada e heterossexista, sob o comando hierárquico patriarcal (quase o *pater familias* romano) e de submissão da mulher ao seu esposo, já fora implodida ante os fenômenos da emancipação da mulher, da urbanização social e da globalização.

As mulheres já trabalhavam fora de casa, ajudando na economia familiar, também

---

107 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

108 RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro.**

In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6792](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792)>. Acesso em 01. jul. 2013.

podiam se separar sem passar pelo estigma de “desquitadas”, outrora verdadeiras párias sociais, o ambiente predominante era o urbano e não mais o rural, o acesso à informação e o contato com diversos grupos sociais e as novas ideias modernas acabaram por provocar transformações no que se compreendia por família. A mulher conquistou mais igualdade de gênero, as famílias já não eram mais constituídas por “papai e mamãe” e seus filhos naturais, mas também de mães e pais solteiros, ou de companheiros em união estável que nunca se casaram, talvez com filhos adotivos, enfim uma verdadeira revolução familiar, em que aparece a pluralismo das entidades familiares. Acerca do tema preleciona Patrícia Fontanella Rosa<sup>109</sup>:

A família moderna, até então considerada apenas a constituída pelas regras do Estado – com características patriarcais, patrimoniais e rurais – vê seu conceito ser redesenhado a partir do reconhecimento, na própria Constituição de 1988, de outras espécies de família, exemplificadamente: a matrimonial, oriunda do casamento; a não-matrimonial, oriunda da união estável (união entre pessoas fora dos laços do matrimônio com o intuito de constituir família) e a monoparental (constituída por qualquer dos pais e seus descendentes). A família passa a ser “[...] nuclear, horizontalizada, apresentando formas intercambiáveis de papéis, sem o selo do casamento.”

Há, atualmente, a compreensão de que o elemento principal a orientar a definição e o próprio objetivo das entidades familiares, enquanto grupo e base da própria sociedade, passou a ser a afetividade entre os membros que a compõem e em seu seio convivem, em relações de mútua solidariedade. Nessa senda, a bela lição de Gustavo Tepedino<sup>110</sup>:

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido a arte e a virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor

Corroborar Fabiana Marion Spengler<sup>111</sup>:

Atualmente estamos diante de uma profunda mutação da família. Os demógrafos e os sociólogos observaram que **o vínculo afetivo se sobrepôs à concepção da família como espaço econômico**. Assim, a mutação familiar demanda sua evolução, sua natureza dupla (o que significa ser, ao mesmo tempo, fenômeno de direito e

109 FONTANELLA, Patrícia. **O DIREITO INTERTEMPORAL E AS LEIS DA UNIÃO ESTÁVEL**. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/artigos/ue\\_fontanella.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/ue_fontanella.doc)>. Acesso em 01. jul. 2013.

110 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 64.

111 SPENGLER, Fabiana Marion. **Sexualidade, conflitos de gênero e adoção: Por um projeto parental baseado na igualdade e no afeto**. Revista Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder. UFSC. Edição de 25 a 28 de agosto de 2008. p. 02. Disponível em: <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST50/Fabiana\\_Marion\\_Spengler\\_50.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST50/Fabiana_Marion_Spengler_50.pdf)>. Acesso em 01. jul. 2013.

fenômeno de costumes), bem como os problemas que suas diversas funções - econômica, social e afetiva - colocam.

Assim, **a família deixou de ser a instituição nascida, necessariamente, do matrimônio para se transformar numa rede de relações afetivas, sentimentais e de solidariedade, na qual se aposta na construção de laços de afeto baseados nas identidades pessoais de cada um dos seus componentes e na interação entre seus membros.** (grifei).

A Carta Magna recebeu essas mudanças e progressos, e nos permite extrair princípios aplicáveis a essa nova realidade sócio-familiar, conforme a lição de Patrícia Rodrigues:<sup>112</sup>

Superada a percepção de família com o fito de reprodução, pregada pelo Código Civil de 1916, em função de valores predominantes a sua época, transparecem novos contornos para o direito de família, mais precisamente com o advento da Constituição de 1988, que solidificou valores sociais e humanizadores, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial, tratando-se de entidade de afeto e solidariedade fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana.

Dentro desse contexto Paulo Nader<sup>113</sup> bem define um possível conceito atual de família, que para ele é: *"uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum"*.

Paulo Luiz Netto Lobo<sup>114</sup> identifica três características, ou princípios, à luz da Constituição Federal, que nos permitem identificar se determinado grupo se trata de entidade familiar. São elas:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

Nesse contexto de mutação e pluralidade familiar, cujos os principais princípios norteadores podem ser apontados como a afetividade, a solidariedade, a estabilidade e a ostensibilidade<sup>115</sup>, o livre planejamento familiar, a paternidade responsável, a lealdade,

---

112 Op. Cit.

113 NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5 - **Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 3

114 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

115 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na

respeito e assistência, e guarda, sustento e educação dos filhos<sup>116</sup>, é que está inserida a nova entidade familiar “homoafetiva”, no Direito das Famílias pátrio. Nesse sentido, sobre a Família Homoafetiva obtempera Davi de Souza de Paula Pinto<sup>117</sup>:

Vimos que não é necessário homem e mulher para se ter uma entidade familiar. O grupo familiar pode ser monoparental ou composto por famílias recompostas, ou formado por membros do mesmo sexo – Família Homoafetiva, que surte efeitos sociais e jurídicos, pois atualmente a família é compreendida tão-somente por valores constitucionais da dignidade, igualdade, afetividade, ostensibilidade e estabilidade.

Impende-se destacar que a Lei n. 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, em seu artigo 2º<sup>118</sup>, já atentou à nova realidade familiar brasileira e, ao punir a violência doméstica e, frise-se, familiar, contra a mulher, reforçou os direitos fundamentais da mulher, independentemente de orientação sexual. Ora, é possível afirmar que a legislação, dessa forma, mesmo que indiretamente, reconhece a entidade familiar homoafetiva, passível de regulação estatal.

Portanto, amparada na moldura principiológica constitucional e civil, e reconhecida pelas Cortes Superiores pátrias, é forçoso reconhecer a legitimidade da nova entidade familiar “homoafetiva”, pois esta é apta a preencher todos os requisitos para ser reconhecida como verdadeira família: permeada pelo afeto, solidariedade, estabilidade, ostensibilidade, lealdade e respeito, dignidade e igualdade de seus membros, intenção de criar ambiente saudável e propício para a criação de filhos (se desejados), adotivos ou não, responsabilidade, liberdade de planejamento familiar, etc. É, pois, sinônimo de comunhão plena de vida<sup>119</sup>. Plenitude de vidas homossexuais entrelaçadas por amores em sentido lato, os quais não se limitam a orientações sexuais ou ao gênero.

Assim, vislumbra-se o casamento homoafetivo dentro de um contexto novo de família pós-moderna, digna em sua diversidade das relações humanas, plenamente merecedora de

---

convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

116 Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

117 PINTO, Davi Souza de Paula. **União homoafetiva como entidade familiar**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5370](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5370)>. Acesso em 01.jul.2013

118 Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

119 Código Civil Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges

proteção e de ausência de interferência do Estado em sua comunhão de vida<sup>120</sup>, bem como digna do respeito de uma sociedade verdadeiramente democrática e pluralista.

### 3.2 O Direito à constituição de família homoafetiva como Direito Humano fundamental e universal.

Antes de se adentrar na análise do direito constitucional e civil pátrio, acerca da legitimidade do casamento homoafetivo, impende-se elucidar que se trata de matéria, essencialmente, da alçada dos Direitos Humanos.

Acerca de uma possível definição de Direitos Humanos, enquanto Direitos fundamentais inerentes ao homem pela simples condição de ser humano, leciona o Professor Flávio Maria Leite Pinheiro *apud* Louis Henkin<sup>121</sup>:

[...]Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo; reivindicações estas reconhecidas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade. Sob essa ótica, os direitos humanos são aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser humano, por sua própria natureza e pela dignidade que a ela é inerente.

Além de fundamentais, ensina Flávia Piovesan<sup>122</sup>, os Direitos Humanos são também caracterizados por sua universalidade, internacionalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionalidade:

[...]concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.[...]A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de

120 Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

121 PINHEIRO, Flávio Maria Leite. **A teoria dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242739498174218181901.pdf>>. Acesso em 01. jul.2013

122 PIOVESAN, Flavia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. Revista Internacional de Direitos Humanos., São Paulo, v.1, n.1, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 11 Jul. 2013.

sua indivisibilidade.

O Direito dos homens e mulheres, sem restrição, de se casar e de constituir família foi declarado pela comunidade internacional, em 1948, por ocasião da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no âmbito das Nações Unidas. A histórica declaração, assinada pelo Brasil, em seu art. XVI, número 1, afirma que **“os homens e mulheres de maioria, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família”**.

Importante marco internacional na inserção da matéria de orientação sexual e identidade de gênero no âmbito dos Direitos Humanos ocorreu no ano de 2006, quando vários e eminentes juristas, *experts* em Direitos Humanos, dentre membros da Comissão Internacional de Juristas (*International Commission of Jurists*) e do Serviço Internacional pelos Direitos Humanos (*International Service for Human Rights*), reuniram-se na cidade de Yogiakarta, na Indonésia, e elaboraram um documento com 29 princípios a ser adotados no Direito Internacional humanista, no tocante aos direitos humanos da comunidade LGBT. O documento ficou conhecido como Princípios de Yogiakarta<sup>123</sup>, e nele encontram-se importantes definições, especialmente de Orientação sexual e Identidade de Gênero, adotadas por este trabalho de pesquisa:

1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

2) Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Merece grande destaque o princípio de número 24 que declara o direito das minorias sexuais de constituir família (reforçando a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), bem como a diversidade das formas das famílias, e, também insta os Estados a garantir, pela via legislativa ou administrativa, o direito de constituir família independentemente da orientação sexual e identidade de gênero, senão vejamos:

#### 24 DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

---

123 Texto dos Princípios de Yogiakarta disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/9.%202006.10.09%20-%20principios%20de%20yofyakarta.pdf>>. Acesso em 01. jul. 2013.

**Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas.** Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as **medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família**, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), **sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;**
- b) Assegurar que **leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família**, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para **garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros**, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração; [...]

Os referidos princípios foram apresentados, em 2007, como uma carta global de direitos gay, no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Genebra, e foram apresentados às Nações Unidas no mesmo ano, em Nova Iorque, em evento patrocinado pela Argentina, Brasil e Uruguai.

Os Princípios de Yogiakarta acabaram por influenciar a Resolução das Nações Unidas “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero” lida na Assembleia Geral da ONU, em Nova York, em 18 de dezembro de 2008<sup>124</sup>, à época assinada por 66 países, dentre os quais o Brasil como um dos países proponentes. A declaração foi aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 14 de junho de 2011.<sup>125</sup> Destacam-se três, dentre as 13 afirmações:

3. Reafirmamos o princípio de não discriminação, que exige que os **direitos humanos se apliquem por igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.**

1. Estamos profundamente preocupados com as **violações de direitos humanos e liberdades fundamentais baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero.**[...]

6. Condenamos as violações de **direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero** [...] e a **recusa de direitos econômicos, sociais e culturais** incluindo o direito à saúde.

Pode-se dizer que a resolução consagra internacionalmente como Direitos Humanos fundamentais a Igualdade e Liberdade de orientação sexual e identidade de Gênero. Fundamentais pois, alicerçados no respeito à Dignidade da Pessoa Humana, e, Humanos pois inerentes à própria condição de ser indivíduo de sexualidade minoritária, além de serem

124 Declaração nº A/63/635. Texto extraído do sítio da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, disponível em: <[http://www.abglt.org.br/port/declaracao\\_conjunta\\_63\\_635.html](http://www.abglt.org.br/port/declaracao_conjunta_63_635.html)>. Acesso em 01. jul. 2013.

125 Conforme notícia do sítio da ONU no Brasil, intitulada “**Conselho de Direitos Humanos adota resolução sobre orientação sexual e identidade de gênero**”, disponível em: <<http://www.onu.org.br/conselho-de-direitos-humanos-adota-resolucao-sobre-orientacao-sexual-e-identidade-de-genero/>>. Acesso em 01.jul.2013.

paulatinamente reconhecidos internacionalmente no âmbito humanista das Nações Unidas.

Acerca do caráter fundamental dos direitos humanos obtempera Alexandre de Moraes<sup>126</sup> :

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Reforçando a Declaração das Nações Unidas, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, aprovou em oito de maio de 2012 a “resolução sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”<sup>127</sup>, apresentada pela Missão Permanente do Brasil. Citam-se alguns trechos:

1. Condenar a discriminação contra pessoas devido à orientação sexual e à identidade de gênero e instar os Estados, dentro dos parâmetros das instituições jurídicas de seus sistemas, a eliminar, onde existirem, as barreiras que as lésbicas, os gays, os bissexuais, os transexuais e os intersexuais (LGBTI) enfrentam no acesso à participação política e em outros âmbitos da vida pública, **bem como a evitar interferências em sua vida privada.**
2. Incentivar os Estados membros a que, de acordo com os parâmetros das instituições jurídicas de seu ordenamento interno, considerem a adoção de políticas públicas contra a discriminação de pessoas em razão da orientação sexual e da identidade de gênero.

Deve-se acrescentar que o Brasil, conforme determinação da Constituição Federal, em seu art. 4<sup>a</sup>, Inciso II<sup>128</sup>, rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Como visto neste tópico, os direitos à não discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, bem como, o reconhecimento por parte da comunidade internacional das entidades familiares homoafetivas, inclusive do direito à não interferência estatal em sua privacidade e da não recusa a direitos sociais, enquanto direitos humanos fundamentais e universais, impõe que o ordenamento jurídico pátrio e as instituições estatais reconheçam o direito à constituição da família homoafetiva, sob pena de grave violação e retrocesso dos Direitos Humanos historicamente conquistados, e, também, do repúdio da comunidade internacional humanista.

126 MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 21.

127 Resolução OEA/Ser.GCP/CAJP-3065/12 rev. 5. Texto da norma extraído do sítio da Organização dos Estados Americanos, disponível em: <<http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CP/CAJP&classNum=3065&lang=p.>>. Acesso em 01. jul. 2013.

128 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:  
[...]  
II - prevalência dos direitos humanos;



### 3.3. Os princípios ou direitos fundamentais de Liberdade e Igualdade enquanto solução à legitimidade jurídica do casamento homoafetivo: uma abordagem garantista

O casamento homoafetivo é tema que envolve muitos princípios constitucionais e Direitos Fundamentais consagrados em nosso Ordenamento Jurídico. Os princípios mais relevantes à temática, sob a ótica garantista deste trabalho, referem-se à Liberdade e à Igualdade dos cidadãos de orientação sexual e identidade de gênero diversa das majorias. Pois, nas palavras de Rousseau<sup>129</sup>, se “*indagarmos em que consiste precisamente o maior de todos os bens, que deve ser o fim de qualquer sistema de legislação, chegaremos à conclusão de que ele se reduz a estes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade*”.

A análise dos direitos fundamentais acima mencionados dar-se-á com base na teoria do garantismo jurídico.

#### 3.3.1 Considerações acerca da Teoria do Garantismo Jurídico

O grande teórico do Garantismo Jurídico é o professor italiano Luigi Ferrajoli, da Universidade de Roma. Este autor lançou as bases do Garantismo, em sua famosa obra “Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal”<sup>130</sup>. A teoria se desenvolveu, principalmente, com foco no Direito Penal (postulando pelo “direito penal mínimo”<sup>131</sup>), mas acaba por ser uma Teoria do Direito como um todo. Nas palavras do mestre Ferrajoli<sup>132</sup>:

Da palavra garantismo é, então, possível distinguir três significados diversos: modelo normativo de direito, teoria jurídica da validade e da efetividade da norma, e filosofia política, que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico.

O Garantismo Jurídico, basicamente, prega que a atuação estatal (dos três poderes),

129 ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 62

130 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

131 Álvaro Stipp explica, no Dicionário online de Direitos Humanos da Escola Superior do Ministério Público da União, disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>>, acesso em 01. jul.2013, que “[...]o garantismo se desenvolveu como garantismo penal. Este é o campo emblemático do garantismo. Ele nasce representando a base da filosofia liberal que retira do saber jurídico – comprometido com a defesa da liberdade – a necessidade de minimizar a violência exercida pelo poder punitivo do Estado: as garantias penais e processuais são as técnicas para tornar efetiva essa exigência de redução de violência e domínio punitivo. [...] O garantismo penal se vincula, portanto, a filosofia política de um “direito penal mínimo”, e dessa maneira se apresenta como a única justificação racional do direito penal, pois não se apresenta somente como modelo de legitimação ou justificação, mas também de deslegitimação ou crítica das instituições e práticas jurídicas vigentes.”

132 Idem p. 684

seja na elaboração, aplicação/interpretação, e execução das normas jurídicas, só é legítima quando são respeitados os Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos. É o que ensina Ferrajoli<sup>133</sup> : *“Incorporação em normas constitucionais dos direitos fundamentais dos cidadãos como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica da inteira atividade do Estado.”* É, pois, uma teoria de limitação à atividade estatal, inclusive da validade das normas, que exige a observância dos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, teoria de estrita observância das normas constitucionais, que exalta a força normativa da Constituição, defendida por Konrad Hesse<sup>134</sup>. Nesse sentido:

[...]o Garantismo como teoria apta a observância dos Direitos Fundamentais atrelados à Constituição Federal[...] estreita relação ao respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, de forma que o Estado Democrático de Direito só estará de fato legitimado quando suas ações possibilitarem o respeito às normas constitucionais, atentando-se não apenas à democracia formal, mas também à democracia material de seus atos.

O garantismo é assim denominado por compreender o Direito “como um sistema de garantias”, no contexto do Estado Constitucional de Direito, garantias estas que visam proteger e assegurar os direitos individuais fundamentais em face do poder político. É o que diz Álvaro Stipp<sup>135</sup>:

[...] garantismo é um certo modelo normativo de direito com base na submissão à lei de todos os poderes estatais: o direito como sistema de garantias. O conceito garantista de ordem jurídica, portanto, coincide novamente com a ideologia do Estado Constitucional de Direito: o direito é um sistema de limites, vínculos e determinações ao poder político (as garantias) para a proteção de bens, interesses respaldados pelos direitos subjetivos individuais, coletivos, ou mesmo difusos, quando estão em jogo as necessidades essenciais dos seres humanos[...]

O direito à liberdade individual é basilar ao Garantismo Jurídico, que limita o poder estatal (atuação negativa), e, ao mesmo tempo, obriga o estado a atuar na promoção dos direitos sociais (atuação positiva) estabelecidos pela Lei Fundamental. O Professor Alexandre Morais da Rosa destaca a importância da Liberdade no Garantismo Jurídico<sup>136</sup>:

O garantismo jurídico baseia-se, desta feita, nos direitos individuais vinculados à tradição iluminista - com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante Neoliberal.

Tratando dos Direitos Fundamentais enquanto obrigações estatais positivas (direitos

133 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 725.

134 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

135 Idem à nota de rodapé n. 131.

136 ROSA, Alexandre Morais da. **O que é Garantismo Jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p. 20-21.

sociais) e negativas (direitos individuais), obtempera o mesmo autor.<sup>137</sup>

Assim é que os Direitos Fundamentais, por um lado, indicam obrigações positivas do Estado no âmbito social e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material constitucional.

Percebe-se, assim, que o Garantismo Jurídico é um modo de ver o Direito (enquanto sistema de garantias) sob a ótica materialmente democrática do respeito aos Direitos Fundamentais, privilegiando, sobremaneira, a inalienabilidade da liberdade dos cidadãos perante o Estado, o qual deve se abster de interferir na esfera de liberdade individual, e, deve atuar na promoção dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, com plena força normativa.

### 3.3.2. O direito fundamental à Liberdade

O art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, elenca, logo em seu *caput*<sup>138</sup>, como direito e garantia fundamental inviolável, a liberdade. Direito fortemente resguardado como cláusula pétrea constitucional, enquanto direito individual, nos termos do inciso IV, § 4º do art. 60, da Carta Magna<sup>139</sup>. Além disso é importante destacar que o § 1º do art. 5º, da Lei Maior estabelece a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Caracteriza-se, pois, o Direito de Liberdade por sua fundamentalidade. Mas o que são direitos fundamentais? O constitucionalista José Afonso da Silva<sup>140</sup>, oferece uma possível definição:

Conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”

Carl Schmitt <sup>141</sup> destaca a oponibilidade dos Direitos fundamentais ao Estado,

137 Idem. p. 32

138 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

139 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

140 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 175.

141 SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996 p. 212-214

ressaltando o seu caráter de autonomia e de defesa do indivíduo livre:

[...]os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (...) direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa.

Patrícia Fontanella<sup>142</sup> aborda a visão garantista dos Direitos Fundamentais, enquanto valores normativos que devem dirigir ou limitar a atuação estatal, destacando a impossibilidade de, mesmo que por maioria, suprimi-los de qualquer cidadão individualmente considerado:

Os valores que o Estado de direito deve satisfazer encontram sua tradução normativa nos direitos fundamentais, entendidos [...] como todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos, ou de pessoas com capacidade de fato. Tais direitos têm como característica, além de sua inalienabilidade e indisponibilidade [...] o fato de serem inclusivos. Isto quer dizer que, ao contrário dos direitos patrimoniais, que se exercem com exclusão das outras pessoas, ninguém pode desfrutá-los se os demais simultaneamente não os exercerem. Daí a vocação expansiva de tais direitos: eles apresentam forte tendência universalizante, visando estender-se a toda a sociedade[...] Nesse passo, é importante ressaltar o caráter anti-utilitarista dos direitos fundamentais: não pode a maioria, por mais qualificada que seja, solapar direitos fundamentais de qualquer dos membros da sociedade.

O direito fundamental de liberdade foi construção da primeira fase do movimento do Constitucionalismo ocidental, ou, um direito fundamental de primeira geração. Nesse sentido preleciona Bonavides<sup>143</sup>:

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...]

A liberdade era uma reivindicação das revoluções francesas (1789) e norte-americanas (1776), chamadas de revoluções liberais, ou burguesas, as quais buscavam pôr fim ao jugo de poder das monarquias absolutistas e implantar o governo do povo, ou seja a democracia. No mesmo norte a lição de José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior<sup>144</sup>

Os direitos de primeira geração ou dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos. Surgiram nos finais do século XVIII e representavam uma resposta do

142 FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico**. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 1-2.

143 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 563.

144 DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>. Acesso em 01. jul 2013.

Estado liberal ao Absolutista, dominando o século XIX, e corresponderam à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Foram frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a conseqüente limitação dos poderes absolutos do Estado.

Sob a influência do já tratado movimento iluminista, e, da revolução ou independência americana, a França revolucionária, por sua Assembleia Nacional Constituinte promulgou, em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. A importante e histórica declaração, influenciou várias Constituições modernas, e nela a palavra liberdade aparece diretamente em três de seus dezessete artigos, e indiretamente em mais três artigos. Logo em seu primeiro artigo lê-se que: *Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.* Nossa Constituição reproduziu esse princípio geral de liberdade, no caput do art. 5º. O segundo artigo da mesma declaração considera a liberdade como direito natural e imprescritível dos homens. Por fim, merece destaque o artigo 11, o qual conceitua a liberdade e seus limites:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Trata-se, em última análise, dos princípios privados da autonomia da vontade e da licitude ampla<sup>145</sup> (o que não é vedado na lei, é permitido), que encontram limites no respeito aos direitos do outro. Norberto Bobbio<sup>146</sup> traz valiosa lição acerca dos direitos de liberdade:

Os direitos de liberdade negativa, os primeiros direitos reconhecidos e protegidos, valem para o homem abstrato. Não por acaso foram apresentados, quando do seu surgimento, como direitos do Homem. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por "igualdade" se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. [...] princípio, segundo o qual deve ser excluída toda discriminação fundada em diferenças específicas entre homem e homem, entre grupos e grupos[...]

Percebe-se que o direito de liberdade deve ser igualmente distribuído entre todos os homens, princípio que repudia a diferença nos níveis de liberdade baseada na discriminação “*entre homem e homem, entre grupos e grupos*”. Ou seja, todos os homens são igualmente livres.

145 Cita-se voto do Des Jorge Luiz de Borba, do TJSC, em que o mesmo reconhece o princípio da licitude ampla: *Destaco, inicialmente, que o direito privado é fundado nos princípios da autonomia da vontade e da licitude ampla. Noutras palavras, o que não é vedado, é permitido, salvo se afrontar os bons costumes e preceitos de ordem pública.* (TJ-SC - AI: 231623 SC 2008.023162-3, Relator: Paulo Roberto Camargo Costa, Data de Julgamento: 25/02/2009, Terceira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n. , de Timbó)

146 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro:Campus, 2004. p. 64

A Organização das Nações Unidas (ONU), na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, declarou, já no seu primeiro artigo, o princípio da liberdade de todos os seres humanos, irrestritamente:

“Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. [...]

Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. [...]

Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Acerca do direito humano fundamental à liberdade, apontando-o como o próprio objetivo do Direito, comenta Maria Berenice Dias<sup>147</sup>:

A liberdade e a igualdade – correlacionadas entre si – foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito – que tem como finalidade assegurar a liberdade – é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual.

Mas, o Direito de Liberdade tem um escopo principal, qual seja, é voltado a um comportamento negativo do Estado, ou seja um não-agir sobre a esfera de liberdade fundamental do indivíduo. Foi nesse sentido de liberdade contra o poder absolutista dos Estados monárquicos, da ingerência sobre a vida privada de seus súditos, que nasceu o clamor por liberdade. Corrobora Bobbio<sup>148</sup>: “*os direitos de liberdade nascem contra o super poder do Estado- e, portanto, com o objetivo de limitar o poder*”.

É oportuno mencionar que se fala em dois tipos de liberdade: a liberdade positiva e a liberdade negativa. Essa diferenciação ficou famosa pela obra do filósofo político britânico Isaiah Berlin (1909-1997), concepção esta contida no seu ensaio “*Two concepts of liberty*” (Dois conceitos de Liberdade). Luziana Sant’ana Simões<sup>149</sup> analisou a referida obra e bem elucida os conceitos de liberdade negativa e positiva:

O conceito de liberdade negativa é utilizado, segundo Berlin, para responder a questão 'Qual a área em que o sujeito- uma pessoa ou um grupo de pessoas -é ou deve ter permissão de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?'. Os teóricos deste conceito de liberdade estão primordialmente interessados no nível em que os indivíduos (ou grupos) sofrem interferência dos meios externos (outros indivíduos ou grupos). Nesse sentido, liberdade negativa é liberdade em que há ausência de obstáculos ou barreiras (tais como leis, coerção social, etc.) e portanto, ela é atribuída na maioria das vezes a agentes individuais [...] ou grupos de uma sociedade.  
[...]

147 DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: O preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63 .

148 Op. Cit., p. 67.

149 SIMÕES, Luziana Sant’ana. Os conceitos de liberdade de Isaiah Berlin e a democracia. São Carlos:UFSCar,2010. Dissertação de mestrado. p. 19-21.

Berlin define a liberdade positiva como o desejo de autonomia do indivíduo, como o desejo de ser senhor e não ser escravo, de ser sujeito, e não objeto. E, nesse sentido, ele afirma que a liberdade enquanto desejo de ser senhor de si mesmo, de se dar as suas próprias leis (liberdade positiva), e a liberdade como não impedimento (negativa) 'não se acham muito separadas[...]

Pode-se interpretar, nessa diferenciação, que a liberdade positiva refere-se ao anseio “de ser senhor de si mesmo” do indivíduo, e que a liberdade negativa é a ausência de interferência externa de indivíduos, grupos e, principalmente, do Estado, na esfera fundamental de autonomia do indivíduo.

Está-se a adentrar no âmbito das liberdades civis definidas como: “*liberdade da pessoa contra interferência arbitrária, governamental ou da parte de indivíduos, em suas próprias buscas*”<sup>150</sup>, ou “*o estado de estar sujeito apenas a leis estabelecidas para o bem da comunidade, especialmente no que toca à liberdade de ação e de expressão*”<sup>151</sup>.

Pode-se perguntar qual é a busca do indivíduo livre, o que ele persegue? José Afonso da Silva<sup>152</sup>, trata da autodeterminação do ser em suas escolhas, comportamentos pessoais, como uma busca de sua própria felicidade. Trata o autor, amparado na lição de Rivero, da liberdade como “[...] *um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal*”<sup>153</sup>, direito fundamental que consiste na “[...] *possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*”<sup>154</sup>. Além disso, aborda a resistência a opressão que representa a liberdade de agir: “(...) *é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente.*”<sup>155</sup>

---

150 Tradução livre do autor do verbete “**civil liberty**”, definição da Enciclopédia Britânica eletrônica, cujo excerto original era(ing.): *Freedom from arbitrary interference in one's pursuits by individuals or by government*. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1516323/civil-liberty>>. Acesso em 02.jul.2013

151 Tradução livre do autor do verbete “**civil liberty**”, definição do Dicionário Oxford eletrônico, cujo excerto original era(ing.): “*the state of being subject only to laws established for the good of the community, especially with regard to freedom of action and speech.*”. Disponível em:<<http://oxforddictionaries.com/definition/english/civil-liberty>>. Acesso em 02. jul. 2013.

152 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 236.

153 RIVERO, in SILVA, p. 236.

154 Idem, p. 236.

155 Ibidem, p. 236.

Ou seja, o indivíduo é completamente livre para exercer livremente seus direitos, desde que não prejudique a comunidade na qual vive (princípio da prevenção de danos), a qual somente tem legitimidade para estabelecer lei, limitando as liberdades fundamentais, quando em benefício de coletividade como um todo. John Stuart Mill, eminente filósofo, desenvolveu várias teorias sobre a liberdade e em sua obra “*On Liberty*”<sup>156</sup>(Sobre a liberdade) escreveu:

O único fim pelo qual a humanidade é autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação em qualquer de seus membros, é a autoproteção. O único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercitado sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é para prevenir o dano a outros. O próprio bem do indivíduo, seja físico ou moral, não é autorização suficiente. Ele não pode ser legitimamente compelido a fazer ou tolerar algo porque será melhor que o faça, porque isso o fará mais feliz, pois, na opinião dos outros, isso seria sábio ou até mesmo correto...A única parte da conduta de qualquer um, pela qual pode ser responsabilizado pela sociedade, é aquela que toca nos outros. Na parte que diz apenas a respeito dele, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano.

Pois bem, abordados aspectos essenciais sobre o direito fundamental de todos os homens à liberdade, consagrado na história, na academia e em nossa Constituição, é necessário contextualizar esse direito com a temática do trabalho de pesquisa. De forma geral, apropriando-se dos conceitos, e em uma ótica eminentemente garantista, deve-se perguntar: “Liberdade para quem, de qual natureza, oponível a quem?”.

Esclarece-se que o presente trabalho aborda o casamento homoafetivo alicerçado na liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero, a qual pode ser vista sob quatro prismas: a liberdade sexual, a liberdade de afeto, a liberdade de privacidade e a liberdade perante a lei.

### 3.3.2.1 Da liberdade sexual

---

156 MILL, John Stuart. *On Liberty*. Harvard Classics V. 25. Universidade Harvard, 1906. Disponível em: <<http://www.constitution.org/jsm/liberty.htm>>. Acesso em 02.jul.2013. Tradução livre do autor do excerto original(ing.): *“The sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise, or even right...The only part of the conduct of anyone, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns him, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.”*



A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, inciso IV, elenca como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a promoção do “*bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação*”. O elemento sexual da vida humana está presente no texto normativo constitucional, que, em viés igualitário busca o bem de todos, sem qualquer discriminação.

O ordenamento jurídico pátrio trata expressamente da liberdade sexual, dedicando o todo o capítulo I, do Título IV, do Código Penal aos “crimes contra a liberdade sexual”. Ora, o legislador entendeu de tal importância a observância da liberdade sexual dos cidadãos, que, esse bem jurídico foi tutelado pela legislação penal- a última *ratio*- a qual deve punir os atos atentatórios aos bens mais caros à sociedade. O penalista Emiliano Borja Jiménez<sup>157</sup> traz uma possível definição de liberdade sexual:

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.

É pois, liberdade de ação (capacidade de atuar), autodeterminação do indivíduo em relação ao seu próprio comportamento sexual. Maria Berenice Dias<sup>158</sup> reconhece esse direito e o relaciona à autorrealização do indivíduo: “*ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.*”

O professor José Afonso da Silva<sup>159</sup>, referindo-se ao caput do artigo 5º, da Constituição Federal, aborda a liberdade de orientação sexual, que, para ele, está compreendida na expressão “sem distinções de qualquer natureza” do texto da norma constitucional a qual ampara a “*liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem*”.

Nessa esteira, a jurista Maria Berenice Dias<sup>160</sup> trata da liberdade sexual como direito de livre exercício da própria personalidade do indivíduo, questão de foro íntimo:

A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite restrições a quaisquer direitos. [...]O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade,

157 JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Curso de política criminal. p. 156

158 DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: O preconceito e a justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 188.

159 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 223-224.

160 Idem. p. 77.

representando fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana.

No mesmo sentido, MENEZES e OLIVEIRA<sup>161</sup>, relacionam a livre orientação sexual com os direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002<sup>162</sup>), e com o princípio da dignidade de pessoa humana, para compreender o “Direito à Orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”:

[...]o direito à identidade da pessoa inclui o direito à identidade sexual, que está implícito no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Apesar da Constituição Federal não ter estabelecido expressamente uma cláusula geral de tutela ao livre desenvolvimento da personalidade, é possível deduzi-la como decorrência do direito à liberdade geral de ação e da cláusula de garantia à dignidade da pessoa humana. Não parece haver maiores controvérsias em se admitir que, no campo das escolhas básicas do indivíduo, esteja a opção pela pessoa com quem pretende relacionar-se afetiva e sexualmente, seja ela de sexo oposto ou não. [...] Desta forma, sob a acepção de direito à autodeterminação, o direito à liberdade envolve a decisão a respeito da própria orientação sexual, fundamental na construção da personalidade e identidade individual e coletiva do sujeito. Sendo assim, o Estado garante o direito à liberdade geral de ação e este deve ser compreendido no sentido de autonomia. Por decorrência de tal direito, insurge a liberdade específica de orientação sexual, cujo embaraço importará em desobediência ao dever de ação negativa em relação àquele direito geral.

Portanto, pode-se dizer, que a orientação sexual é decorrência do direito à liberdade sexual, bem como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

### 3.3.2.2. Da liberdade de afeto

A temática do casamento homoafetivo, para além da liberdade sexual, está atrelada ao direito de liberdade de afeto. Não se pode olvidar que a questão homossexual é também questão homoafetiva. Frequentemente o tema revolve muito entorno da sexualidade, e dos aspectos patrimonialistas, e se esquece do aspecto fundamental do afeto, amor, sentimento, existente entre os casais homoafetivos. Novamente se abafa o “amor que não ousa dizer seu

---

161 MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. O Direito à Orientação Sexual como Decorrente do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *Novos Estudos Jurídicos*. Universidade Vale do Itajaí. Vol. 14, p. 105-125.

162 Idem. “O Código Civil Brasileiro, ao contrário, previu uma tutela da personalidade em dez artigos (arts. 11 ao 21), entre os quais não houve menção expressa a um direito geral de personalidade, nem inserção de qualquer cláusula geral que permitisse a proteção do Estado sobre direitos vinculados à pessoa que porventura não estejam expressos nos referidos dispositivos. Não obstante, trouxe o dever geral de indenizar no art. 927 e a previsão do ato ilícito nos artigos 186 e 187. Pergunta-se então: no caso do Brasil, há direitos de personalidade para além dos expressamente enumerados pelo Código Civil? Entende-se que o amparo legal ao desenvolvimento da pessoa só se efetivará a partir de uma cláusula geral de promoção e tutela, capaz de ultrapassar a proteção dada aos direitos subjetivos enumerados e englobar toda a riqueza das manifestações da personalidade do homem em sua singularidade. No entanto, a falta de uma cláusula específica, expressamente enunciada, como ocorre na legislação brasileira, não significa que proteção conferida à personalidade se restrinja às hipóteses disciplinadas pelo Código Civil. Afinal, há que se cogitar do princípio norteador de toda interpretação e de todo o ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana.”

nome”. O professor Sérgio Resende de Barros também critica essa situação: *a tradicional ideologia da família, que matrimonializa e patrimonializa a afeição, não pode valer-se do Estado social para tolher o direito individual ao afeto [...]* <sup>163</sup>. O mesmo autor dá uma possível definição à liberdade de afeto:

O direito ao afeto é a liberdade de afeição-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos.<sup>164</sup>

Mas o que é o afeto no âmbito do Direito de Família? Para Rolf Madaleno<sup>165</sup>, “*o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.*”. Complementando, Rafael Bucco Rossot diz ser “*um sentimento que invadiu e passou a fazer parte da vida dos seres humanos, nada mais é do que uma troca recíproca entre os sujeitos de cuidados e atenção, buscando apenas o bem da outra pessoa.*”<sup>166</sup>.

A liberdade de afeto não está expressamente prevista no ordenamento jurídico, mas é decorrência da liberdade fundamental de seus indivíduos, que deve ser compreendida sob seu aspecto mais amplo possível quando não se está desrespeitando direitos alheios ou a causar danos. Pode-se dizer que quanto mais livres são os cidadãos, mais democrática é a sociedade, logo mais democrático é o Estado de Direito. Sérgio Resende de Barros explica que a liberdade de afeto é um direito constitucional implícito:

[...]a liberdade de afeto é um direito individual **implícito** na Constituição brasileira de 1988, cujo § 2º do art. 5º não exclui direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e dos princípios por ela adotados. É o que ocorre com a liberdade de contrato e a liberdade de afeto<sup>167</sup>.

O mesmo autor aponta o dever do Estado em garantir a liberdade de afeto, por meio de legislação que privilegie a união de afeto, hetero ou homoafetiva:

[...]o Estado brasileiro deve a seus cidadãos e cidadãs, e a todo indivíduo, uma providência urgente: garantir o **direito individual ao afeto sexual** mediante a figura jurídica de uma simples **união de afeto** que – heteroafetiva ou homoafetiva – não seja desvirtuada *ex vi legis*[...] <sup>168</sup>

A liberdade de afeto é correlata ao princípio da afetividade, base atual dos conceitos de família. Apesar de não ser princípio expreso no ordenamento, segundo CARDIN e

163 BARROS, Sergio Resende. **O direito ao afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>>. Acesso em 03. jul.2013.

164 Idem.

165 MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2008. p. 66.

166 ROSSOT, Rafael Bucco. **O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da afetividade**. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, Porto Alegre: Magister, n.º 9, abr./maio 2009. p. 08

167 Ibidem.

168 Idem,Ibidem.

FROSI, o mesmo é pressuposto implícito de várias disposições legais<sup>169</sup>. Ensinam os autores.

Por afeto entende-se um conjunto de atitudes, como a bondade, a benevolência a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura etc. O afeto é um fato jurídico, pois permite o estabelecimento de relações intersubjetivas entre as pessoas, e também um valor jurídico, pois se trata de princípio que permeia o ordenamento jurídico tanto na confecção de normas quanto em sua interpretação. Apesar de o afeto não estar tutelado de forma expressa no ordenamento jurídico pátrio, está implícito em várias disposições, estando portanto positivado. O afeto está intimamente ligado aos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.[...] Enquanto predicado do direito da família, o afeto assume posição de direito fundamental, sendo também criador de entidades familiares e de outros relacionamentos socioafetivos, despontando assim como cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade. Os relacionamentos oriundos do afeto também geram efeitos patrimoniais. Nas uniões estáveis, gradativamente, estes foram reconhecidos. Mas ainda há omissão legislativa quanto às uniões homoafetivas, sendo imperioso que o ordenamento as reconheça.<sup>170</sup>

O afeto, pois, é fato e valor jurídico de grande relevância ao Direito das Famílias, importante valor a ser considerado em se tratando do instituto do casamento homoafetivo, que não envolve apenas relações homossexuais, mas, de afeto, de amor, entre os casais de sexualidade minoritária que querem comungar plenamente suas vidas.

### 3.3.2.3. Da liberdade de privacidade

A lei, a jurisprudência e a doutrina brasileira parecem não abordar expressamente a liberdade de privacidade<sup>171</sup>, tratando-a como direito genérico. Ocorre que, com socorro no

169 “Apesar de o afeto não estar tutelado de forma expressa, ele pode ser visualizado nas seguintes disposições: na igualdade dos filhos, independentemente da origem (art. 227, § 6º da Constituição Federal); na adoção; no reconhecimento da união estável (§ 3º do art. 226 da Constituição Federal); na família monoparental (§ 4º, art. 226 da Constituição Federal); na família homoafetiva (art. 2º da Lei nº. 11.340/2006); na liberdade de decisão sobre planejamento familiar (§ 7º, art. 226 da Constituição Federal); no exercício da paternidade responsável, fundada na assistência afetiva, moral, intelectual e material da prole (arts. 244 e seguintes do CP e 22 e seguintes do ECA); nas sanções para o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 22, Lei 8.069/1990); na impossibilidade de perda do bem de família para conservação da unidade familiar (art. 1º, da Lei 8.009/1990); na previsão no Código Penal dos crimes contra a assistência familiar (art. 244 e seguinte, CP); na garantia de que, na colocação de menor em família substituta, a afetividade será considerada, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida (§ 3º do art. 28 da Lei 8.069/1990); no dever dos filhos maiores em ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, Constituição Federal), dentre outros. Assim, denota-se que o afeto constitui valor fundamental no ordenamento e deve ser observado na aplicação da lei” in CARDIN, Valéria Silva Galdino, FROSI, Vitor Eduardo. **O afeto como valor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em 03.jul.2013.

170 Idem.

171 Com a exceção de Paulo Thadeu Gomes da Silva que localiza a liberdade de privacidade como espécie dos direitos fundamentais de liberdades e igualdade, sua obra SISTEMA CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES E DAS IGUALDADES. (1ª edição 2012, Editora Atlas) é abordada no item 4.3- (p. 112-

direito estrangeiro, especialmente o americano - expoente das teorias das liberdades- a privacidade é identificada como direito de liberdade. O Juiz da Suprema Corte do estado americano da Georgia, Andrew Jackson Cobb, citado por Anita L. Allen, afirmou no julgamento do pioneiro caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co* (1905): “*A liberdade de privacidade existe, tem sido reconhecida pelo Direito, e está destinada ao reconhecimento contínuo*”<sup>172</sup>. Aloys Rigaut afirma que “[...]em toda democracia, em oposição aos estados “totalitários”, deve existir uma liberdade fundamental de privacidade.”<sup>173</sup> E conclui: “*A privacidade é, portanto, uma liberdade fundamental e suprema, a qual tem que ser protegida pelo Direito*”<sup>174</sup>.

Bruce Frohnen, amparado na lição de Lon Fuller, afirma a liberdade de privacidade como liberdade negativa que deve ser garantida pelas estruturas constitucionais, especialmente pelas cortes.<sup>175</sup> Susan P. Stuart comenta o precedente *Lawrence v. Texas* (2003) da Suprema Corte americana, o qual: “*moldou uma liberdade constitucional de privacidade que protege a conduta homossexual da interferência governamental*”<sup>176</sup>. Refletindo sobre a decisão, a mesma autora afirma: “*Assim, a privacidade é transformada em uma liberdade constitucional, enquanto “direito fundamental” é transformado em servo da liberdade.*”<sup>177</sup>

A convenção europeia para a proteção dos Direitos do Homem e Liberdades

123.)

172 ALLEN, Anita L. **THE NATURAL LAW ORIGINS OF THE AMERICAN RIGHT TO PRIVACY.**

Disponível no sítio eletrônico da Faculdade de Direito da Universidade da Pensilvânia: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187(2012).pdf)>. Acesso em 05.jul.2013. Tradução livre do autor do excerto original (ing.): “*The liberty of privacy exists, has been recognized by the law, and is entitled to continual recognition.*”

173 RIGAUT, Aloys. **To what extent is “privacy a fundamental human right?** Disponível em: <<http://alloys.rigaut.free.fr/pdf/privacy.PDF>>. Acesso em 05 jul. 2013. Tradução livre do autor do excerto original (ing.): “*in every democracy, by opposition to “totalitarian” states e.g., there must exist a fundamental liberty of privacy*”.

174 Idem. Tradução livre do autor do excerto original (ing.): “*Privacy is therefore a paramount and fundamental liberty which has to be protected by Law.*”

175 FROHNEN, Bruce P. **Is Constitutionalism Liberal?** Disponível no sítio eletrônico da Faculdade de Direito da Universidade Campbell: <<http://law.campbell.edu/lawreview/articles/33-3-529.pdf>>. Acesso em 05 jul. 2013. Tradução livre do autor do excerto original (ing.): “*According to Fuller, it is both common and incorrect to posit a stark choice between the negative liberty of privacy, or being let alone, and the positive liberty of participation in decision making, particularly in the political process.16 But this is precisely what post-World War II legal thought emphasizes—the necessity of both positive and negative freedom, and the need for constitutional structures (and courts in particular) to guarantee both and, most difficult, mediate tensions and conflicts between the two.*”

176 STUART, Susan P. **Fun with Dick and Jane and Lawrence: A Primer on Education Privacy as Constitutional Liberty.** Disponível em : <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=mulr>>. Acesso em 05. jul. 2013. Tradução livre do autor do excerto original (ing.): “*Thus, the Court fashioned a constitutional liberty of privacy that protects homosexual conduct from governmental interference.*”

177 Idem. Tradução livre do autor do excerto original (ing.): “*Hence, privacy is transformed into a constitutional liberty while “fundamental right” is transformed into liberty’s handmaiden,*

Fundamentais (Roma, 1950)<sup>178</sup>, em seu artigo 8º, estabelece a liberdade de privacidade na vida familiar e privada do indivíduo, contra a ingerência estatal:

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiro.

O nosso ordenamento absorveu, de certa forma, o espírito dessa liberdade no artigo 1.513, do Código Civil, que estabelece ser “*defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*”.

A Inviolabilidade da vida privada e da intimidade, encontra-se assegurada na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso X<sup>179</sup>, enquanto direito individual fundamental. Adota, este trabalho, o sentido intercambiável de privacidade como vida privada, vida íntima dos indivíduos.<sup>180</sup> O Código Civil de 2002 trata da inviolabilidade da vida privada em seu artigo 21, dentro do capítulo dos direitos da personalidade<sup>181</sup>. José Afonso da Silva<sup>182</sup> propõe uma definição de privacidade<sup>183</sup>:

O conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do

178 O texto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem foi extraído do sítio eletrônico do Conselho da Europa, disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 05 jul. 2013.

179 - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

180 “Os termos “vida privada” e “intimidade” fazem menção específica a determinadas amplitudes do desenvolvimento da proteção da privacidade[...]Utilizar o termo privacidade parece a opção mais razoável e eficaz. O termo é específico o suficiente para distinguir-se de outros termos com os quais eventualmente deve medir-se, como a imagem, honra ou a identidade pessoal; e também é claro bastante para especificar seu conteúdo, efeito da sua atualidade. Mas esta escolha não surge somente da fragilidade das demais; ela revela-se por si só a mais adequada – por unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada.” DONEDA, Danilo. **Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2460](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460)>. Acesso em 05 jul. 2013.

181 Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

182 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

183 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.206.

indivíduo.

Acerca da privacidade e orientação sexual preleciona Maria Berenice Dias<sup>184</sup>: “*A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configura afronta ao direito à liberdade a que faz jus todo ser humano, pois diz com sua condição de vida.*”

A mesma autora reflete sobre o papel do Estado no Direito das Famílias e realiza crítica acerca da invasão do poder público na privacidade familiar<sup>185</sup>:

Ainda que tenha o Estado interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de legitimidade para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas. O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade. Talvez não mais existam razões, quer morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais, que justifiquem esta verdadeira estatização do afeto, excessiva e indevida ingerência na vida.

A doutrinadora tece comentários acerca da privacidade envolvida em um relacionamento afetivo que é “*um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano*”. Aduz ainda que a ONU “*tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade*”. A liberdade de privacidade é, pois, fundamental à matéria de casamento igualitário homoafetivo, pois a “*inviolabilidade da intimidade e da vida privada é a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana*”<sup>186</sup>

Ora, a orientação sexual enquanto compreensão e expressão da própria e individual personalidade, a identidade que se tem acerca do gênero, o afeto direcionado a pessoas do mesmo sexo, a convivência privada e íntima com parceiro de sexo idêntico, a vida sexual “entre paredes”, a comunhão de vidas homossexuais, todas estão envoltas nessa esfera inviolável da liberdade de privacidade, na qual o Estado não deve e não pode se imiscuir.

### 3.3.2.4 Da liberdade perante a Lei

Por fim, ressalta-se o aspecto da liberdade perante a legislação, no que tange à

---

184 DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53\\_-\\_liberdade\\_de\\_orienta%E7%E3o\\_sexual\\_na\\_sociedade\\_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53_-_liberdade_de_orienta%E7%E3o_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em 05 jul. 2013.

185 Idem.

186 Ibidem.

possibilidade do casamento homoafetivo. Conforme tratado nesse tópico, o direito fundamental à liberdade individual só pode ser legitimamente limitado pelo Estado com base em lei, a qual deve visar o bem comum de toda a sociedade. Como visto, no campo do Direito Privado há, pois, incidência da autonomia da vontade e da licitude ampla. Pois bem, após essas considerações, vale trazer à baila o magistério de Maria Berenice Dias, a qual afirma que: *“Nem a Constituição e nem o Código Civil impõe a diversidade de sexo dos noivos como condição para a celebração do casamento. Não há referência à diferença de sexo, nem no rol dos impedimentos para o casamento.”*<sup>187</sup>.

Alguns doutrinadores apontam o casamento homoafetivo como impossível, pois inexistente no plano normativo. Desses, Dias discorda veementemente: *“para sustentar a existência de casamento inexistente, invoca-se como exemplo o casamento homossexual. Ora, se esse exemplo, até há algum tempo, poderia servir, hoje se tornou praticamente imprestável para tal fim.”*<sup>188</sup>

Impende-se destacar que tanto a Constituição Federal, quanto o Código Civil, não conceituam o casamento: *“Ausente qualquer definição ou tentativa de conceituação do que seja família ou casamento, limita-se a lei a estabelecer requisitos para sua celebração, elencar direitos e deveres dos cônjuges e prever as seqüelas patrimoniais decorrentes da dissolução do vínculo conjugal.”*<sup>189</sup>

Porém, na doutrina encontram-se várias definições, sendo que Adriana Mendes Oliveira de Castro<sup>190</sup>, define-o como contrato de família para a comunhão de vidas, que não exige a diversidade de sexo dos nubentes:

O casamento é ‘um contrato de família, solene e especial, entre duas pessoas, que visam a uma comunhão de vidas [...]. É contrato de família, porque nasce com a vontade das partes de construir uma família, exigindo tal consentimento. [...] Veja-se que o elemento accidental, de sexo diverso, não importa à definição, posto que a natureza especial do contrato vinculada a relação nos termos da lei [...] não pode exigir a diversidade de sexos dos nubentes

Complementa Dias: *“segundo o conceito dos especialistas da ONU: casamento é qualquer grupo de pessoas que convivam sob o mesmo teto, sejam ou não do mesmo sexo.”*<sup>191</sup>

187 DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito & a justiça. 3ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 87.

188 Idem.

189 DIAS, Maria Berenice. **Novos contornos do Direito de Família**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_novos\\_contornos\\_do\\_direito\\_de\\_fam%EDlia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_novos_contornos_do_direito_de_fam%EDlia.pdf)>. Acesso em 06 jul. 2013.

190 CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. A família, a sociedade e o direito. In: \_\_\_\_\_. **Pessoa, gênero e família**: uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 82-87.

191 DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado,



Com relação ao Texto da Lei Maior, observa-se que o casamento é tratado diretamente nos parágrafos 1º, 2º e 6º, todos do artigo 226, da Carta Magna. Além disso, a Constituição prescreve a facilitação da conversão da união estável em casamento, no parágrafo 3º, do mencionado artigo. Colaciona-se os dispositivos constitucionais:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

[...]

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio

Na legislação civil infraconstitucional, a regulação do casamento está prevista no subtítulo I (Do casamento), do título I (Do Direito Pessoal), do Livro IV (Do Direito de Família), do Código Civil de 2002, abarcando os artigos 1.511 a 1.590 do *codex*. Destaca-se o artigo 1.511<sup>192</sup> que trata do casamento como comunhão plena de vida, e o artigo 1.565, o qual trata da assunção por parte do casal da condição de consortes, “*companheiros e responsáveis pelos encargos da família*”.<sup>193</sup> Também é importante ressaltar que tanto a Constituição Federal, como o Código Civil abordam o princípio do livre planejamento familiar, a primeira no parágrafo 7º, de seu artigo 226<sup>194</sup>, e o segundo no parágrafo 2º de seu artigo 1.565<sup>195</sup>.

Perceba-se que a Lei Fundamental, no que tange ao casamento, não o restringe à diversidade de sexos. A celeuma travada acerca da necessidade da diversidade de sexos baseia-se nas menções do Código Civil, atinentes ao casamento, das expressões: “o homem e a mulher” ou “homem e mulher”, nos artigos 1.514, 1.517 e 1.565, *in verbis*:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

---

2004, p. 100

192 Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

193 Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

194 § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

195 § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Também levantou-se a questão da expressão “o homem e a mulher” no texto da Constituição, quando a mesma trata da conversão da união estável e sua conversão em casamento (Art. 226, §3º). O artigo 1.723 do Código Civil<sup>196</sup>, também atinente ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, o qual menciona, de igual modo, a expressão.

Insurgiram-se, sobremaneira, sobre a expressão “homem e mulher” constante na Constituição Federal quando trata acerca da conversão da união estável em casamento Lênio Streck e Vicente de Paulo Barreto<sup>197</sup>:

Antes de tudo, apenas registremos: é a Constituição (**que não pode ser inconstitucional**) que diz "união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento"...! O que a lei deve facilitar é a conversão em casamento dessa relação entre homem e mulher...! [...] não cabe ao Poder Judiciário "colmatar lacunas" (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela" (uma verdadeira "Constituição do B"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte.

No entanto, o referido raciocínio não é o mais adequado, não se sustenta perante o argumento de que, em se tratando de interpretação relativa à direitos e liberdades fundamentais, a legislação que, excepcional e eventualmente, os restringir, deve utilizar-se de expressão restritiva como p. ex. “somente entre homem e mulher”. Além disso, a restrição ao direito fundamental de liberdade somente se legitima com base no bem comum da sociedade, e, para a prevenção de danos aos cidadãos. Indaga-se: qual seria o bem causado a todos os membros da sociedade ao vedar-se o casamento de pessoas do mesmo sexo? Qual o dano que a comunhão plena de vidas de pares homoafetivos causa à sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos<sup>198</sup>? Tanto o legislador não vislumbrou a lesividade do casamento homoafetivo a ponto de vedá-lo, que não incluiu no rol dos impedimentos (artigos 1.521 e 1.522 do Código Civil<sup>199</sup>) a identidade de sexo dos nubentes. O apego demasiado à expressão “homem e

196 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

197 STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

198 Preâmbulo da Constituição: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

199 Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

mulher”, desprovida de uma visão sistêmica e de uma hermenêutica teleológica da Constituição, pode levar à equívocos injustos e atentatórios às liberdades fundamentais.

A interpretação da Constituição não deve ocorrer de forma isolada, mas como um sistema unitário, o qual impede a exclusão dos casais homoafetivos do direito ao casamento ou de conviver em união estável. Nesse sentido explica José Reinaldo de Lima Lopes<sup>200</sup>

O princípio da unidade da Constituição, que proíbe a aplicação isolada de uma norma constitucional e exige uma interpretação da norma em conexão com outras normas constitucionais de tal modo que as contradições com outras normas sejam evitadas. [...] Obviamente, que em considerando o princípio da unidade da constituição, não seria possível fazer esta extensão se houvesse norma excluindo expressamente os casais homossexuais da união estável.

O(A) cidadã(o) homossexual possui, como todo homem, o direito fundamental à liberdade, oponível contra grupos, indivíduos, e principalmente, contra o Estado, consistente na busca pela sua própria felicidade, a qual pode se consubstanciar significativamente na almejada comunhão plena de vida com seu (ou sua) parceiro(a). Livre é para contrair matrimônio, porque, desde que preenchidos os requisitos legais para a habilitação, livres para tal desiderato são todos os outros homens de orientação e identidade sexual majoritária. Não se admite distribuição diferenciada de liberdades entre homens e homens, grupos e grupos.

O Estado, portanto, deve abster-se (liberdade negativa) de interferir nas liberdades civis- sexuais, afetivas, privativas e normativas- de seus cidadãos, e, também não tem legitimidade para estabelecer leis que não sejam aquelas em benefício de toda a sociedade. Vedar o livre exercício de direito fundamental de liberdade, nesse caso, seria ilegítimo, pois o casamento homoafetivo não causa dano algum à comunidade como um todo, pelo contrário, reforça a fraternidade humana e a tolerância humanista. É, pois, uma questão de respeito à liberdade dos homossexuais sobre suas próprias vidas, corpos, mentes, sentimentos, matéria de foro íntimo que foge ao império estatal ou dos opositores grupos de pressão, ainda que fossem em maior número.

---

II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

200 LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (orgs.). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas**: jurisprudência comentada. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 128-129.

### 3.3.3. O direito fundamental à Igualdade (ou Isonomia)

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, já em seu preâmbulo, diz que o Estado Democrático deverá assegurar a Igualdade, enquanto valor supremo da sociedade brasileira. Essa supremacia é fortemente resguardada pelo constituinte no texto da Lei Maior, ao prever o direito à Igualdade no *caput*, do art. 5º, da Carta Magna junto ao rol dos direitos fundamentais. É o primeiro direito a aparecer no referido artigo, sob a afirmação “*Todos são iguais perante a lei*”. Como já explicitado, enquanto direito fundamental, trata-se de cláusula pétrea, e, de aplicabilidade imediata.

J.J. Canotilho pontifica que a Igualdade é “*o princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional*”.<sup>201</sup> Para José Afonso da Silva a igualdade é “*o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e as distorções que um regime simplesmente liberal consagra*”.<sup>202</sup>

O artigos 1º e 6º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, privilegiam o valor da Igualdade de Direitos de todos os cidadãos, vedando distinções:

**Art.1º.** Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

**Art. 6º.** A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos privilegia sobremaneira a Igualdade. Em seu preâmbulo<sup>203</sup> considera a igualdade jurídica como fundamento da liberdade, da justiça e da paz, igualdade de direitos entre homens e mulheres. Em seu artigo 1º <sup>204</sup> trata da

201 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999 . p. 422-423

202 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 214.

203 Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,[...]Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla[...]

204 Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

igualdade de dignidade e de direitos inerentes à todas as pessoas. No artigo 7º<sup>205</sup>, aborda a liberdade perante a lei, proteção que deve se dar sem discriminações. O seu art. 10º<sup>206</sup> aborda a igualdade de acesso aos Tribunais. A igualdade de direitos no casamento é prevista no artigo 16º<sup>207</sup>. A igualdade de acesso a cargos públicos é assegurada pelo artigo 21º<sup>208</sup>. Por fim, o seu artigo 23 trata da igualdade de remuneração em igual trabalho<sup>209</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>210</sup> define o sentido jurídico da Isonomia, enquanto vedação constitucional de privilégios ou perseguições não equitativos por parte da Lei:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo assimilado pelos sistemas normativos vigentes

Maria Christina Barreiros D'Oliveira<sup>211</sup> lembra da importante distinção entre igualdade formal e igualdade material:

A igualdade formal está presente em quase todos os diplomas constitucionais modernos e no Brasil [...]quando refere-se a expressão de que todos serão iguais “perante a lei”. A isonomia estudada sob este prisma expressamente delineado no artigo 5º, caput da Constituição impede que os legisladores em face de uma igualdade na lei editem e publiquem leis que veiculem dispositivos e normas violadoras do princípio da igualdade.[...]A igualdade material por outro lado é o instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, tirando-o da letra fria da lei para viabilizá-lo no mundo prático. Deve ser entendida como o tratamento igual e uniformizado de todos os seres humanos, bem como sua equiparação no que diz respeito a concessão de oportunidades de forma igualitária a todos os indivíduos.

Portanto, conforme visto acima, a isonomia é princípio fundamental que rege a interpretação e a própria elaboração das leis, impondo o tratamento equitativo de todos os cidadãos, pelo qual não se admite privilégios ou perseguições. Além do legislador ser o principal destinatário do direito de igualdade, a mesma também é destinada aos aplicadores da

205 Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação

206 Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

207 Os homens e mulheres de maioridade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

208 Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país

209 Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho

210 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 10.

211 D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **BREVE ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**. Disponível em: <[http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3\\_edicao1.pdf](http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf)>. Acesso em 06 jul. 2013.

lei (Poder Judiciário e Executivo). Nessa senda, preleciona José Afonso da Silva<sup>212</sup>:

[...] a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito tempo, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido, que no exterior, se dá a expressão igualdade na lei, ou seja, o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei.

Então, se o legislador editar lei que viole o princípio da igualdade a mesma será inconstitucional, pois o “*princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei*”<sup>213</sup>.

Ora, lei inconstitucional é lei inválida, e disso decorre sua ineficácia, a inaplicabilidade da mesma. Corrobora Luis Roberto Barroso<sup>214</sup>:

Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior.

[...]

A inconstitucionalidade, portanto, constitui vício aferido no plano da validade. 'Reconhecida à invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada'.

O princípio da isonomia deve ser também o norte do julgador ao aplicar a lei, trata-se pois, de respeito à Igualdade perante a Justiça (art. 5º, inciso XXXV<sup>215</sup>) e a lei (art. 5º, caput). É papel do magistrado materializar a igualdade (igualdade material) formalmente prevista na legislação (igualdade formal), nos casos concretos levados à apreciação do Judiciário. É seu dever buscar igualizar as condições dos desiguais ao julgar, isentar-se de discriminações, sendo a própria condição de justiça da decisão, nas palavras da Ministra Carmem Lúcia: “*Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental*”<sup>216</sup>. José Afonso da Silva<sup>217</sup> endossa o abordado raciocínio acerca da Igualdade perante a Justiça:

Constitui, por outro lado, uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar a lei o entendimento que não crie distinções. A igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissoluvelmente ligada à democracia.

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV)[...] A realização da igualdade perante a justiça, exige a busca da igualização de condições dos desiguais [...]

No caso do casamento homoafetivo, os criadores da lei (legisladores), bem como seus

212 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 218.

213 Idem, p. 217.

214 BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11-14

215 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

216 *Apud* SILVA, Ibid. p.214.

217 Idem, Ibidem.

aplicadores (membros do Judiciário e do Executivo), têm o dever de observar o princípio fundamental de Isonomia denominada por José Afonso da Silva de Igualdade “*sem distinção de sexo e de orientação sexual*”, protegida constitucionalmente enquanto direito fundamental. O autor comenta os art. 3º, inciso IV, e 5º, *caput*, da Constituição, que prescrevem, respectivamente, o direito de igualdade “sem distinções de qualquer natureza” e “sem preconceitos de [...] sexo [...] e quaisquer outras formas de discriminação”. Lembra, também, a ocorrência de discriminações atentatórias à igualdade dos homossexuais<sup>218</sup>:

O sexo sempre foi um fator de discriminação. [...] A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas foi conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem[...]Daí, por optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.

Na mesma toada, acerca da discriminação da conduta homoafetiva e de inclinação sexual, enquanto violação ao direito à igualdade, obtempera Maria Berenice Dias<sup>219</sup>:

As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que respeita a inclinação sexual. Portanto [...] rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio insculpido no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal: é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importando de que ordem ou tipo.

Glauber Moreno Talavera<sup>220</sup> aponta a discriminação atentatória ao direito de igualdade pública dos pares homoafetivos, ao se negar o direito ao casamento: “*Casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma questão de discriminação pública formal [...]. Negá-lo aos homossexuais é a maior afronta pública possível à sua igualdade pública. O cerne do contrato público é um vínculo emocional, financeiro e psicológico; nesse aspecto, heteros e homos são idênticos*”.

Para Roger Raupp Rios<sup>221</sup>, a negativa, por parte dos juristas, de reconhecimento da igualdade de direitos ao homossexuais, como p.ex. o casamento, reforça os preconceitos e

218 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 223-224.

219 DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/44\\_-\\_a\\_fam%EDlia\\_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/44_-_a_fam%EDlia_homoafetiva.pdf)>. Acesso em 6 jul. 2013.

220 TALAVERA, Glauber Moreno. **União civil entre pessoas do mesmo sexo**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37.

221 RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação sexual no direito brasileiro**. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 22.

violências vigentes na sociedade em face dos indivíduos de orientação sexual minoritária:

Já que não podem ter direitos iguais, a mensagem enviada pelos juristas que assim se pronunciam, é de reforço dos preconceitos e idéias pseudo-científicas divulgadas aqui e ali. É uma mensagem de desigualdade. A descrição dos insultos e da violência de que são vítimas os homossexuais mostra que são uma violação de seus direitos fundamentais. Não é difícil perceber que o tratamento dispensado socialmente aos homossexuais [...] constitui tratamento degradante, vedado pelo art. 5º, III da Constituição Federal.

Em termos de igualdade, é também necessário levar em consideração o direito à diferença. Para Fontanella, a diferença surge a partir de uma condição natural que está presente no indivíduo, como, por exemplo, a orientação sexual. Por tal motivo, é que uma diferença deve ser protegida, em uma perspectiva garantista “pelo Estado de Direito como condição indispensável de promoção da dignidade da pessoa em todas as suas dimensões<sup>222</sup>”, ou seja:

A orientação sexual de um indivíduo em nada desmerece seu valor ou caráter, devendo o Estado Democrático de Direito respeitar sua condição, garantir seus direitos e o pleno desenvolvimento em sociedade. [...] Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana decorre **diretamente a proteção da orientação sexual, a ser respeitada a partir do reconhecimento da diversidade de indivíduos e pluralidade de expressões**. No Estado Democrático de Direito, as diferenças devem ser respeitadas e as desigualdades sociais eliminadas, a fim de que as promessas formuladas como mandamento constitucional sejam efetivadas nos níveis normativos inferiores.<sup>223</sup>

O direito à igualdade, portanto, relaciona-se com o reconhecimento da igual dignidade da pessoa de orientação homossexual. Um dos fundamentos do Estado é a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CF), e o mesmo tem como objetivo a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações (Art. 3º, IV, da CF). O próprio princípio do livre planejamento familiar é fundado sobre esta reconhecida dignidade das pessoas (art. 226, §7º da CF).

Desrespeitar a igualdade dos cidadãos homossexuais só seria possível em não os considerando humanos, ou categoria espúria de cidadãos que não merecem a promoção do seu bem pelo Estado. Ora, isso é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, fruto de uma sociedade pluralista e sem preconceitos (CF, preâmbulo).

Não se pode negar a igualdade jurídica aos pares homoafetivos, elemento constitutivo da própria cidadania dos mesmos. Em uma perspectiva garantista, o Estado- Legislador, Juiz, ou Administrador- não tem legitimidade, ou poder, de não reconhecer a igualdade perante, e,

222 FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do garantismo jurídico. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 2.

223 Idem, p. 119.



na lei, de seus cidadãos homossexuais. Esses também transferiram parcelas de sua soberania popular<sup>224</sup>, para que o Estado exerça, em nome deles, o seu poder soberano em benefício de todos- homo ou heterossexuais. No entanto, os cidadãos não transferiram, permaneceram com seus direitos e garantias fundamentais de Liberdade e de Igualdade, oponíveis quando haja ilegítimo abuso do poder por parte do Leviatã, ou frente à ameaça de maiorias preconceituosas e violentas.

### 3.3.4 Considerações garantistas sobre os posicionamentos dos Poderes Judiciário e Legislativo brasileiros relativos ao casamento homoafetivo

O casamento homoafetivo levantou controvérsias acerca da atuação do Poder Judiciário e suas relações com o Poder Legislativo. Não raro é ouvir que o Judiciário está legislando, praticando “ativismo judicial”, distorcendo e reescrevendo o texto constitucional, etc. Argumenta-se que a legitimidade democrática reside somente no Poder Legislativo, eis é formado por representantes eleitos pelo povo. Nesse espírito, diz William Douglas<sup>225</sup>:

Ao invés de interpretar a Constituição, ousou reescrevê-la sem legitimidade para tanto. [...] O STF existe para interpretar a Constituição, não para reescrevê-la. Onze pessoas, mesmo as mais sábias, não têm legitimidade para decidir em lugar dos representantes de 195 milhões de brasileiros. Os conceitos "redefinidos" pelo STF são uma violência contra a maioria da população. [...] O STF não se limitou a garantir a extensão de direitos, mas quis reescrever a Constituição e modificar conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo. Conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos decorrentes da união estável é uma coisa, mas outra coisa é mudar conceito de termos consolidados, bem como inserir palavras na Constituição, o que pode parecer um detalhe aos olhos destreinados, mas é extremamente grave e sério em face do respeito à nossa Carta Magna.

O ativismo judicial é pejorativamente difundido como uma espécie de ideia de que os juízes estariam impondo suas opiniões pessoais e políticas à sociedade, à revelia dos textos das normas constitucionais e infraconstitucionais. Acerca da acepção mais comum do termo “ativismo judicial” ensina Marcelo Mazzoti<sup>226</sup>:

224 CFRB/88. Art, 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição

225 DOUGLAS, William. **Dois surdos: os religiosos e o movimento gay**. Clubjus, Brasília-DF: 12 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?coluna=943>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

226 MAZZOTI, Marcelo. **Jurisdição Constitucional e Ativismo Judiciário**: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte estadunidense. São Paulo:USP, 2012. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05122012-162249/pt-br.php>>. Acesso em 06 jul. 2013.

A primeira ideia de ativismo é a de decisão judicial baseada na imposição da vontade do juiz e não na vontade da lei (the will of the judge and not the will of the law), ou seja há um voluntarismo judicial que superpõe as preferências e ideologias do juiz em detrimento do que prevê a lei e a Constituição, assim como seus edificadores (os legisladores)

André Ramos Tavares<sup>227</sup> critica o que denomina “atuação normativa” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na edição dos atos regulamentares, que, para ele, não estariam na esfera de legitimidade do órgão:

No caso específico do CNJ e do CNMP, por terem sido criados por meio da EC 45/04, a conclusão é a de que atribuições normativas inovadoras não se encontram em sua esfera legítima de funções. A EC 45/04 atribuiu a esses conselhos (que não exercem função jurisdicional, como se sabe) a função de "expedir atos regulamentares" (art. 103-B, §4º, I). Ora, dessa referência não se pode concluir que se tenha pretendido realizar uma delegação legislativa a esses órgãos. E mesmo que esse fosse o teor da norma, nem por isso seria ela admissível no sistema constitucional pátrio (ainda que introduzida via emenda constitucional).

Lênio Streck e Luiz Barreto<sup>228</sup> consideraram a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva sob um prisma negativo de ativismos judiciais, dizendo que o STF alterou o sentido constante na própria Constituição, substituindo o próprio Legislador:

[...]há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador.[...] *Em nome do direito não podemos fragilizar o direito.* Não se pode confundir a jurisdição constitucional, absolutamente necessária para concretizar direitos previstos na Constituição, com um apelo indevido à jurisdição para que atue nas hipóteses que não estão previstas na Constituição (aliás, no caso, a Constituição aponta para outro sentido)[...] E, numa palavra final: quando a Constituição não diz o que gente quer, não dá "alterá-la" ou "esticá-la" a partir de princípios construídos *ad hoc*. Não se altera a Constituição por intermédio de ativismos judiciais. Quem sabe deixemos isso ao parlamento? Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais! Mas, depois, não nos queixemos do "excesso de judicialização" ou de "ativismos"...

! Como abordado neste trabalho de pesquisa, é necessário reconhecer, que, sob uma perspectiva garantista, as críticas à postura do Poder Judiciário são insustentáveis, eis que o mesmo está atuando em plena conformidade à sua esfera de legitimidade, está exercendo um de seus papéis mais fundamentais, que é garantir materialmente a aplicabilidade imediata dos

227 TAVARES, André Ramos. **CNJ e CNMP: legisladores positivos?** Jornal Carta Forense de 19 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/cnj-e-cnmp-legisladores-positivos/224>>. Acesso em 06 jun. 2013.

228 STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

direitos fundamentais (§ 1º do art. 5º, da CF) de Liberdade e Igualdade às demandas concretas de cidadãos homossexuais, os quais batem às portas dos Tribunais pedindo apenas que seus direitos mais fundamentais sejam respeitados.

A Liberdade e a Igualdade são os princípios informadores da atuação estatal, e enquanto poder estatal, o Judiciário não pode se manter inerte em algo que diz respeito à sua própria razão de ser. Não pode ignorar os ditames da Lei Maior que lhe dá o poder de jurisdição. Ora, o Judiciário não tem o poder de voltar-se contra o próprio poder que lhe instituiu.

A postura ativa do Judiciário na proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados é eminentemente garantista, pois reconhece que o Estado, incluindo o Judiciário, nada pode contra a liberdade e igualdade de seus cidadãos, e, mais do que isso, tem o dever de assegurar materialmente, e não apenas formalmente, os direitos dos homossexuais. Está-se a buscar Justiça nas decisões, que é o grande objetivo da atividade decisória. Além disso não é apenas a vontade dos juízes que está sendo afirmada com o reconhecimento do direito da união homossexual, mas sim a vontade do constituinte que assegurou a Liberdade e a Igualdade como direitos fundamentais dos indivíduos, bem como vedou a discriminação de qualquer de seus cidadãos livres e iguais.

A legitimidade da Resolução n. 175 do CNJ reside no fato de que o Judiciário nada mais está a fazer do que assegurar a efetividade de suas decisões de grau supremo, amparado na autoridade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Retirar a força da coisa julgada é acabar com a autoridade do Guardião da Constituição (STF), e do Guardião das Leis infraconstitucionais (STJ), logo, é acabar com a garantia de respeito ao Ordenamento Jurídico como um todo.

Além disso, é constitucionalmente da alçada do Conselho Nacional de Justiça, enquanto espécie de suprema corregedoria de Justiça brasileira, expedir atos regulamentares (Art. 103-B, §4º, I) acerca do funcionamento dos serviços notariais e de registro dos casamentos civis os quais atuam por delegação do poder público (Art. 103-B, §4º, III). Não se está a legislar, mas a se efetivar, a garantir, direitos já consolidados pelas Cortes Superiores, quais sejam: Os direitos de liberdade e igualdade de orientação sexual e identidade de gênero.

Quem dera ao Judiciário não ter que passar por esse trabalho, se, o Legislativo não estivesse a perpetuar uma longa inércia inconstitucional, ao deixar de positivar expressamente o direito e a liberdade dos pares homoafetivos ao casamento, algo que lhes é facultado pelos

ditames da liberdade e igualdade constitucional, e pela ausência de vedação na legislação civil. Marianna Chaves<sup>229</sup> compartilha deste posicionamento:

[...]o Judiciário vem atendendo a demandas da sociedade que não puderam ou não quiseram ser cumpridas pelos Legislativo em searas de grande repercussão, como foi o caso das uniões homoafetivas. [...] Não se pode dizer, em momento algum, com razoabilidade, que o Judiciário usurpou o que era tarefa do Legislativo. O Judiciário simplesmente agiu, enquanto o Legislativo se fingia de morto e sonegava direitos a uma imensa parcela dos cidadãos brasileiros.[...] A quantidade de Projetos de Lei sobre o tema no Brasil serve para ver a forma como a questão foi tratada: com verdadeiro descaso e apatia. Destarte, outra não poderia ter sido a atitude do Judiciário.

Dessa forma, do ponto de vista abordado neste trabalho, a atuação do Judiciário brasileiro, no reconhecimento e consolidação do direito ao casamento homoafetivo, pode ser definida como garantista, libertária, igualitária, legítima, justa e humanista. Assim, a garantia do casamento homoafetivo, no Brasil, deu-se, de forma peculiar, pela via do Judiciário, de forma diversa de outras democracias, pelas vias parlamentares, talvez porque nesses países, o Legislativo foi mais desperto e cômico de seu dever constitucional de garantir positivamente direitos fundamentais da comunidade LGBT, diferentemente do moroso Legislativo brasileiro.

---

229 CHAVES, Marianna. **O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL**. Disponível em:<[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012\\_02\\_0739\\_0757.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0739_0757.pdf)>. Acesso em 07 jul. 2013.

## CONCLUSÃO

Este trabalho de pesquisa abordou o instituto do casamento homoafetivo e contextualizou o tema a partir de uma análise histórica, jurisprudencial, e garantista dos direitos à Liberdade e Igualdade de Orientação sexual e de identidade de gênero, enquanto base jurídica legitimadora desse novo instituto.

Contou-se a história, ou melhor, árdua jornada, dos membros da comunidade LGBT ao longo das eras. Viajou-se no tempo, em uma breve tentativa de reconstruir o contexto vivido por essa parcela marginalizada e oprimida ao longo das eras, cujos direitos mais fundamentais de Liberdade e Igualdade lhes foram tolhidos, odiosa e injustamente, por tempo demais.

A homossexualidade remonta aos primórdios da civilização e, inicialmente, era vista com certa naturalidade. Mas a consciência da humanidade, ao invés de se ampliar rumo à tolerância, foi obscurecida pela Idade das Trevas, e, sob o império da Igreja Católica, nasceu o fenômeno da homofobia, baseada em preconceitos em nome de um “Deus” de ódio, o qual legitimava a punição nas fogueiras e a opressão absoluta dos homossexuais, influenciando futuramente, os Estados Modernos a usar de sua coerção para penalizar a prática da “sodomia”, ranço do misticismo do Medievo.

Ventos de esperança surgiram com Iluminismo, o qual resgatou as concepções clássicas de naturalidade da homossexualidade, porém, infelizmente, essas ideias não bastaram para impedir a ocorrência do Holocausto nazista, que perpetrou a exterminação de muitos inocentes, por simples e puro ódio homofóbico, uma cicatriz histórica ainda bem aparente na história da humanidade. A polícia machista dos Estados contemporâneos também não hesitou em levar às prisões os indivíduos de orientação homossexual. Até mesmo a Ciência, inicialmente, contribuiu por construir um estigma patológico do “homossexualismo”, lobotomizando e invadindo os corpos descartáveis de indivíduos sexualmente “doentes”.

Os membros da comunidade LGBT aguentaram, calados e isolados, por tempo demais, essa opressão e descaso com suas cidadanias, e a partir do século XX nasceu o movimento político pelos direitos dos homossexuais, lutando arduamente para a consolidação dos direitos atuais. A Ditadura militar, moralizante e machista, invisibilizou e exilou

membros da comunidade LGBT. O movimento enfrentou o duro episódio da epidemia da AIDS, tachada maliciosamente de “peste gay”, o que freou a evolução do movimento dos direitos gay, que viria a ganhar expressão somente na década de 1990, inclusive, com a ascensão de corajosos homossexuais a importantes cargos políticos. Foi, também, a partir dessa década que os Estados estrangeiros começaram a reconhecer as uniões civis homossexuais, inicialmente relegadas à estatuto jurídico diverso como p. ex. “parcerias civis”, as quais deixavam os homossexuais andar no “ônibus” da sociedade, desde que na parte de trás, separados, em uma analogia ao segregacionismo americano.

A onda igualitária, hodiernamente, alastra-se rumo à vitória do casamento homoafetivo igualitário. Ainda, nos dias atuais, a luta pela igualdade dos membros da comunidade LGBT encontra forte oposição, principalmente de setores religiosos fundamentalistas e conservadores da sociedade, os quais não hesitam em articular seu poder político de mobilização de massas, com vistas à perpetrar preconceitos sociais que remontam aos delírios misticistas da Idade Média.

É uma luta por direitos que está longe de acabar, mas que mantém acesa a “tocha” iluminista de esperança daqueles que acreditam que o mundo é capaz de se irmanar, de ser uma única aldeia global fraterna, em que o amor e o prazer sexual, entre adultos em mútuo consentimento, são respeitados em suas mais variadas e dignas formas. Vale lembrar que o lema da Revolução Francesa, “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, já passados mais de 220 anos do projeto positivado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ainda não foi concretizado na sociedade pós-moderna, mas continua a inspirar os movimentos contra as opressões e absolutismos preconceituosos.

O instituto da união estável e do casamento homoafetivo, no Brasil, de forma peculiar nasceu e gestou-se no seio das Cortes de Justiça e não do Parlamento, o qual recebeu o embrião, mas não quis “parir esse filho”. Inicialmente compreendida pelos Tribunais como mera sociedade de fato, sob um viés meramente patrimonial, galgando reconhecimento nas searas Administrativa e Previdenciária, para somente em 1999, no Rio Grande do Sul, adentrarem no âmbito do Direito de Família, as uniões homossexuais seriam apreciadas pelas Cortes Superiores num viés não-discriminatório, e ainda que o Tribunal de Justiça catarinense relutasse, em 2011, as Cortes Superiores proferiram as decisões que mudaram a história da Liberdade e Igualdade no Brasil, reconhecendo a entidade familiar homoafetiva, seja pela via da união estável ou pelo casamento civil.

O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, da ADI nº 4.277-DF, reveste-se de grande importância histórica e democrática, e, abriu caminho para as conversões das uniões estáveis homoafetivas em casamentos civis. Este viria a ser cancelado, também em 2011, pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378 – RS, que deu a possibilidade de habilitação de casais homossexuais ao casamento civil. A partir de então, assistiu-se ao fenômeno da “onda de provimentos” das Corregedorias dos Tribunais de Justiça, relativas à possibilidade de registro de casamento civil nos cartórios. Esse fenômeno culminou, em 2013, na resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, o qual garantiu, de vez por todas, o direito ao casamento homoafetivo no Brasil, colocando-se, assim, o país no rol dos países nos quais a cidadania LGBT é mais respeitada, igualando-se os casais homo e heteroafetivos, ambos dignos de proteção estatal.

Ao abordar o direito ao casamento afetivo, com amparo na moldura principiológica constitucional e civil, e, nas mudanças históricas do conceito de família, defendeu-se a legitimidade da nova entidade familiar “homoafetiva”, a qual preenche todos os requisitos para ser reconhecida como verdadeira família, como já é vista sob o pálio dos Direitos Humanos fundamentais proclamados pela comunidade internacional, a qual repudia a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

A partir de uma abordagem que adota a teoria do garantismo jurídico, a garantia dos direitos fundamentais de Liberdade e Igualdade é solução de legitimidade jurídica do casamento homoafetivo. A fundamentalidade do direito à liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero, pode ser vista sob quatro prismas: a liberdade sexual, a liberdade de afeto, a liberdade de privacidade e a liberdade perante a lei. A primeira consubstancia-se na liberdade de orientação sexual, a segunda é correlata ao princípio jurídico da afetividade inerente a essas relações, base atual dos conceitos de família, a terceira refere-se à não intervenção estatal no âmbito da vida privada e íntima dos cidadãos, e a quarta é ligada à ausência de vedação normativa constitucional ou infraconstitucional ao casamento homoafetivo, mesmo porque é impossível legislar contra os direitos fundamentais de Liberdade e Igualdade dos cidadãos, sob pena de ferir-se a própria razão de ser do Estado, qual seja, garantir o respeito aos direitos fundamentais de seus cidadãos proclamados pelo próprio fundamento da ordem jurídica que representa a Constituição.

O direito à Igualdade é fundamental à questão do reconhecimento do casamento homoafetivo, sob os aspectos de igualdade formal e material, os quais vinculam o legislador e

os aplicadores da lei (Judiciário e Executivo), impondo-se a não discriminação por sexo ou orientação sexual. Vislumbrou-se a legítima atuação, verdadeiramente garantista, do Poder Judiciário, uma postura ativa de defesa dos direitos constitucionais fundamentais de liberdade e igualdade dos homossexuais, em oposição à infundada inércia do Legislativo, o qual ainda se mantém, inescusavelmente, inerte. São situações que levam à reflexão acerca de nossa atual democracia, seria ela apenas formal ou materialmente sentida, vivida? As vozes dos homossexuais realmente são ouvidas em alto e bom tom pelo Parlamento, ou são abafadas por grupos opositores que riem dos Direitos Humanos e Constitucionais sob a proteção da “Liberdade de Expressão e de Religião”? Questiona-se até que ponto o Discurso do Ódio e a Religião da Intolerância merecem guarida por parte do ordenamento jurídico pátrio. A realidade é que o Parlamento busca esconder a sua morosidade inconstitucional e preconceituosa contra a população LGBT, que está ficando mais escancarada a cada dia que passa, em que nenhuma medida de legislativa de peso é tomada para que se dê estatuto jurídico de igual cidadania à comunidade LGBT, tratada pelo Legislativo como se fosse formada por cidadãos de categoria inferior.

Longe de esgotar as inúmeras discussões que o tema desperta, este trabalho procurou levantar e iluminar temas importantes relacionados à questão do casamento homoafetivo e da comunidade de cidadãos LGBT como um todo, as quais merecem ser aprofundadas. Sugere-se como tema de possíveis trabalhos futuros, a coisa julgada inconstitucional relativa à pretéritas decisões denegatórias de reconhecimento de união homoafetiva, bem como, a omissão legislativa inconstitucional em não se positivar expressamente os direitos civis da comunidade LGBT. É urgente que se declare exaustivamente em lei os mais variados direitos dos indivíduos membros dessa comunidade de diversidade.

Encerra-se esse trabalho com a reflexão de que o “amor que não ousa dizer seu nome”, como outrora escreveu o poeta Lord Alfred Douglas ao seu amante Oscar Wilde, atualmente nesse país pode ser declarado e vivido em liberdade, com amparo jurídico, pelos casais homossexuais, os quais podem alegremente dizer, em alto e bom tom na sua cerimônia de casamento, que sem dúvidas se amam, e que o amor gay é tão igual e digno quanto qualquer outro, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, eis que é voltado, apenas, ao maior bem do outro. Assim, vai se reescrevendo a história de liberdade e igualdade da comunidade LGBT nesse país, conquistada, como diria Winston Churchill, sobre sangue, suor e lágrimas, bem como, pode-se dizer, com muita tinta sobre as páginas das petições



levadas à apreciação do Judiciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEN, Anita L. **THE NATURAL LAW ORIGINS OF THE AMERICAN RIGHT TO PRIVACY**. Disponível no sítio eletrônico da Faculdade de Direito da Universidade da Pensilvânia: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187(2012).pdf)>. Acesso em 05.jul.2013.

AYRES, Ian. **"Separate, Unequal: How Civil Unions Fall Short Of Marriage"**. Universidade Yale, 2005. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/news/2432.htm>> Acesso em 10.jun.2013.

BARROS, Sergio Resende. **O direito ao afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>>. Acesso em 03. jul.2013.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11-14

BOBBIO, Norberto & MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 1998. (Vol. I). p. 605.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 64

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 563.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999 . p. 422-423

CARDIN, Valéria Silva Galdino, FROSI, Vitor Eduardo. **O afeto como valor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em 03.jul.2013.

CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. **A família, a sociedade e o direito**. In: **Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 82-87.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade - um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 51.

CHAVES, Marianna. **O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL**. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012\\_02\\_0739\\_0757.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0739_0757.pdf)>. Acesso em 07 jul. 2013.

CORREIA, Letícia, RIBAS VIEIRA, José. **A figura do amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2012/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf)>. Acesso em 11.jun.2013.

DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva.** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/44\\_-\\_a\\_fam%EDlia\\_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/44_-_a_fam%EDlia_homoafetiva.pdf)>. Acesso em 6 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Conversando sobre homoafetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 100

\_\_\_\_\_. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual.** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53\\_-\\_liberdade\\_de\\_orienta%E7%E3o\\_sexual\\_na\\_sociedade\\_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53_-_liberdade_de_orienta%E7%E3o_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em 05 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Um novo direito: direito homoafetivo.** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/55\\_-\\_um\\_novo\\_direito\\_-\\_direito\\_homoafetivo.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/55_-_um_novo_direito_-_direito_homoafetivo.pdf)>. Acesso em: 27 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. **União homossexual: Aspectos sociais e jurídicos.** Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5\\_-\\_uni%E3o\\_homossexual\\_-\\_aspectos\\_sociais\\_e\\_jur%EDdicos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_uni%E3o_homossexual_-_aspectos_sociais_e_jur%EDdicos.pdf)>. Acesso em 29. mai. 2013.

\_\_\_\_\_. **União homossexual: o preconceito & a justiça.** 3ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63,87,188.

\_\_\_\_\_. **Novos contornos do Direito de Família.** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_novos\\_contornos\\_do\\_direito\\_de\\_fam%EDlia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_novos_contornos_do_direito_de_fam%EDlia.pdf)>. Acesso em 06 jul. 2013.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>. Acesso em 01. jul 2013.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **BREVE ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.** Disponível em: <[http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3\\_edicao1.pdf](http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf)>. Acesso em 06 jul. 2013.

DONEDA, Danilo. **Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2460](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460)>. Acesso em 05 jul. 2013.

DOUGLAS, William. **Dois surdos: os religiosos e o movimento gay.** Clubjus, Brasília-DF: 12 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?coluna=943>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

FACCHINI, Regina. **Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico.** Cadernos AEL. vol. 10. 18/19. 2003. Arquivo Edgard Leuenroth – Centro de Pesquisa e Documentação Social do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH) da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).

FERAY., J.C. **Une histoire critique du mot homosexualité.** Revista Arcadie, nº 325, ed. de janeiro de 1981, p. 11-21.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do**

garantismo jurídico. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 1-2.

FONTANELLA, Patrícia. **O DIREITO INTERTEMPORAL E AS LEIS DA UNIÃO ESTÁVEL**. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/artigos/ue\\_fontanella.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/ue_fontanella.doc)>. Acesso em 01. jul. 2013.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do garantismo jurídico. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 2.

FROHNEN, Bruce P. **Is Constitutionalism Liberal?** Disponível no sítio eletrônico da Faculdade de Direito da Universidade Campbell: <<http://law.campbell.edu/lawreview/articles/33-3-529.pdf>>. Acesso em 05 jul. 2013.

GREEN, James Navlor **Além do Carnaval**: a homossexualidade masculina no século XX. São Paulo: UNESP, 2000. p. 56- 57.

GRUPO GAY DA BAHIA. **O que é o GGB**. Disponível em: <<http://www.ggb.org.br/ggb.html>> . Acesso em 01.jun. 2013.

GUNTHER, Scott. **The elastic closet**: A history of homosexuality in France. Palgrave Macmillan, 2009. p. 1-2.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Curso de política criminal**. p. 156

LIMA, Cláudia de Castro. **A história da homossexualidade e a luta pela dignidade**. Revista Aventuras na História. Artigo disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/historia-homossexualidade-luta-pela-dignidade-718218.shtm>>. Acesso em 02 jun.2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas**. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (orgs.). **A iusticia e os direitos de gays e lésbicas**: jurisprudência comentada. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 128-129.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2ª Ed. Rio de janeiro. Editora Forense. 2008. p. 66.

MAZZOTI, Marcelo. **Jurisdição Constitucional e Ativismo Judiciário**: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte estadunidense. São Paulo: USP, 2012. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05122012-162249/pt-br.php>> . Acesso em 06 jul. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 10.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso. **O Direito à Orientação Sexual como Decorrente do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**. Novos Estudos Jurídicos. Universidade Vale do Itajaí. Vol. 14, p. 105-125.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Harvard Classics V. 25. Universidade Harvard, 1906.

Disponível em: <<http://www.constitution.org/jsm/liberty.htm>>. Acesso em 02.jul.2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 21.

MOREIRA, Adilson José. **União homoafetiva: a Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 291.

MUSSKOPF, André S. **Talar Rosa: Um estudo didático-histórico-sistemático sobre a Ordenação ao Ministério Eclesiástico e o exercício do Ministério Ordenado por homossexuais**. São Leopoldo: Escola Superior de Teologia, 2004. p. 10,11.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5 - **Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 3

OLIVEIRA, Reges Fernandes. **Homossexualidade: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40.

PASSAMANI, Guilherme Rodrigues. **HOMOSSEXUALIDADES E DITADURAS MILITARES: OS CASOS DE BRASIL E ARGENTINA**. Revista Fazendo Gênero n. 9. Diásporas, Diversidades, Deslocamentos. UFSC, edição de 23 a 26 de agosto de 2010. p. 3-4.

PINHEIRO, Flávio Maria Leite. **A teoria dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242739498174218181901.pdf>>. Acesso em 01. jul.2013

PINTO, Davi Souza de Paula. **União homoafetiva como entidade familiar**. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande. XI. n. 60, dez 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5370](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5370)>. Acesso em 01.jul.2013

PIOVESAN, Flavia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. Revista Internacional de Direitos Humanos.. São Paulo, v.1, n.1. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 11 Jul. 2013.

RIGAUT, Aloys. **To what extent is “privacy a fundamental human right?”** Disponível em: <<http://alloys.rigaut.free.fr/pdf/privacy.PDF>>. Acesso em 05 jul. 2013.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação sexual no direito brasileiro**. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **A iusticia e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 22

RODRIGUES, Humberto. CASTRO LIMA, Cláudia de. **Vale tudo: Homossexualidade na antiguidade**. Revista Aventuras na História. Artigo disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/vale-tudo-homossexualidade-antiguidade-435906.shtml>>. Acesso em 02.jun.2013

RODRIGUES, Rita de Cássia Colaco. **Homofilia e homossexualidades: recensões culturais e permanências**. História. Franca. v. 31, n. 1, Jun. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-90742012000100018&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742012000100018&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 02 Jun. 2013.

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6792](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792)>. Acesso em 01. jul. 2013

ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é Garantismo Jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p. 20-21.

ROSSOT, Rafael Bucco. **O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da afetividade.** Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, Porto Alegre: Magister, n.º 9, abr./maio 2009. p. 08

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social.** São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 62

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución.** Madrid: Alianza Editorial, 1996 p. 212-214

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 223-224.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.206.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 214, 218.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo,** 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 175.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 236.

SIMÕES, Luziana Sant'ana. **Os conceitos de liberdade de Isaiah Berlin e a democracia.** São Carlos:UFSCar, 2010. Dissertação de mestrado. p. 19-21.

SOUZA DE MATOS, Alderi. **A homossexualidade no ocidente: uma perspectiva histórica.** Artigo disponível no sítio eletrônico da Universidade Mackenzie: <<http://www.mackenzie.br/7146.html>>. Acesso em 01.jun.2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Sexualidade, conflitos de gênero e adoção: Por um projeto parental baseado na igualdade e no afeto.** Revista Fazendo Gênero 8 - Corpo, Violência e Poder. UFSC. Edição de 25 a 28 de agosto de 2008. p. 02. Disponível em: <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST50/Fabiana\\_Marion\\_Spengler\\_50.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST50/Fabiana_Marion_Spengler_50.pdf) >. Acesso em 01. jul. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

STUART, Susan P. **Fun with Dick and Jane and Lawrence: A Primer on Education Privacy as Constitutional Liberty.** Disponível em : <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=mulr>>. Acesso em 05. jul. 2013.

TALAVERA, Glauber Moreno. **União civil entre pessoas do mesmo sexo.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37.

TAVARES, André Ramos. **CNJ e CNMP: legisladores positivos?** Jornal Carta Forense de 19 mar. 2008. Disponível em:<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/cnj-e-cnmp-legisladores-positivos/224>>. Acesso em 06 jun. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 64.

TERTO JR., Veriano. **Homossexualidade e saúde**: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 8, n. 17, Junho de 2002. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-71832002000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832002000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 17. jun. 2013.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 166.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 55, 64.

VERDON, Jean. **Homossexualidade na Igreja**: uma tradição medieval. Artigo disponível no site eletrônico da Revista História Viva: <[http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/homossexualidade\\_na\\_igreja\\_uma\\_tradicao\\_medieval.html](http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/homossexualidade_na_igreja_uma_tradicao_medieval.html)>. Acesso em 29. mai. 2013.